Schriftformklausel und Mündliche Abreden

– Ein Beitrag zu § 125 Satz 2 BGB –

Joachim Körnig

1972

DISSERTATIONS – und FOTODRUCK FRANK oHG
8000 München 2 · Gabelsbergerstr. 15 · Tel.: 2 80 90 90

Schriftformklausel

und

Mündliche Abreden

- Ein Beitrag zu § 125 Satz 2 BGB -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Joachim Körnig

1972

Referent: Privatdozent Dr. jur. Günther Grasmann
Korreferent: Professor Dr. jur Gotthard Paulus

Tag der mündlichen Prüfung: 22. 12. 1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Gliederung	II
Abkürzungsverzeichnis	VII
A.: Einleitung	1
B.: Hauptteil	4
1. Abschnitt : Der Gegenstand der Untersuchung	4
2. Abschnitt : Die Funktion der Schriftformklausel	8
3. Abschnitt : Die deklaratorische Schriftform	3o
4. Abschnitt : Die konstitutive Schriftform	46
5. Abschnitt : Zusammenfassung	134
Literaturverzeichnis	148

Detaillierte Gliederung

Seite

A.: Einleitung 1

B.: Hauptteil

1. Abschnitt: Der Gegenstand der Untersuchung 4

2. Abschnitt: Die Funktion der Schriftformklausel 8

I. Die Begriffe deklaratorisch / konstitutiv 8

Die Vermutung des § 125 Satz 2 BGB

II. Die Auslegung der Schriftformklausel 9

1) Einzeln ausgehandelte Schriftformklausel 10

a) Der Wortlaut 11

b) Der Zweck 11

(1) Übereilungsschutz 12

(2) Erkennbarkeit für Dritte 13

(3) Eindeutige Festlegung der Parteibeziehungen 14

(a) Beweissicherung 15

(b) Materielle Inhaltsklarheit 17

2) Pauschal einbezogene Schriftformklausel 18

a) Der Wortlaut 18

b) Der Zweck 19

c) Die Einbeziehungsvereinbarung 21

(1) Rechtsprechung und herrschende Literaturmeinung 21

(2) Die Ansicht Ludwig RAISERs 22

(3) Die Ansicht SCHMIDT-SALZERs 23

(4) Eigene Stellungnahme 25

(5) Ergebnis 29

3. Abschnitt: Die deklaratorische Schriftform 30

I. Der Umfang der vereinbarten Schriftform 30

1) Grundsatz: Extensive Auslegung 30

2) Ausnahme: Die Natur der Abrede 31

II. Die Wirkung der Vereinbarung deklaratorischer Schriftform 33

1) Wirksamkeit mündlicher Abreden 33

2) Die Beweislage 34

a) schriftlicher Vertragsschluß 35

(1) Die Ansicht des LG Hamburg 35

(2) Die Ansicht KÖTZens 36

(3) Die Ansicht Ludwig RAISERs und FLUMEs 36

(4) Kritische Stellungnahme 36

b) mündlicher Vertragsschluß 43

III. Nebenfolgen der Formverletzung 43

1) Anspruch auf Nachholung der Form 43

2) Schadensersatzansprüche 44

4. Abschnitt: Die konstitutive Schriftform 46

I. Der Umfang der vereinbarten Schriftform 46

1) Extensive Auslegung - Die Natur der Abrede 46

2) Die mündliche, bei den Vorverhandlungen getroffene Abrede als konkludente Einschränkung? 49

a) Die Rechtsprechung des RG und des BGH 51

b) Die Literatur 54

c) Eigene Stellungnahme 55

II. Die mündliche Vertragsänderung als konkludente Aufhebung für den Einzelfall? 58

1) Die herrschende Meinung 59

2) Die gemäßigten Ansichten 63

3) Die Ansicht des OLG Königsberg 65

4) Die Ansicht des OLG Braunschweig, OSWALDs, ROQUETTEs und EISNERs 66

5) Eigene Stellungnahme 68

III. Die Wirkung der Vereinbarung konstitutiver Schriftform 75

1) Grundsatz: Nichtigkeit mündlicher Abreden 75

Der Begriff der Nichtigkeit in § 125 Satz 2 BGB

a) Der allgemeine Begriff der Nichtigkeit im BGB 77

b) Der Begriff der Formnichtigkeit im BGB 82

(1) Exkurs: Historischer Überblick: 82

Das Verhältnis von Willenserklärung und Form bis zur Neuzeit

(2) Willenserklärung und Form im BGB 86

c) Abschließende Stellungnahme 92

2) Die Einschränkung der Nichtigkeit 96

a) Notwendigkeit 96

b) Meinungsstand zu § 125 Satz 2 BGB 98

c) Exkurs: Die Diskussion zu § 125 Satz 1 BGB 100

(1) Bundesgerichtshof und herrschende Lehre 100

(a) Analogie zu den gesetzlichen Heilungsvorschriften? 100

(b) Schadensersatzansprüche 101

(c) Die Restriktion des § 125 Satz 1 BGB durch § 242 BGB 102

(aa) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 103

(bb) Die herrschende Lehre 106

(2) Die Mindermeinung 107

(3) Eigene Stellungnahme 109

(4) Ergebnis 113

d) Eigene Lösung: Zweistufige Restriktion der Nichtigkeit 113

(1) Ergänzende Vertragsauslegung: Wirksamkeit bei anderweitiger Zweckerreichung 113

(a) Grundsätze 113

(b) Die Wirkung späterer Zweckerreichung 116

(c) Einzelne Fallgestaltungen 117

(2) § 242 BGB 123

(a) Grundsätze 123

(b) Die Wirkung der Restriktion durch § 242 BGB 125

(c) Einzelne Fallgestaltungen 126

3) Die Beweislage 128

IV. Nebenfolgen der Formverletzung 129

1) Das Schicksal des Gesamtvertrages 129

2) Anspruch auf Nachholung der Form? 129

3) Schadensersatzansprüche 131

4) Bereicherungsansprüche 132

5) Anfechtung 132

5. Abschnitt: Zusammenfassung 134

Literaturverzeichnis 138

Abkürzungsverzeichnis

Die Abkürzungen für mehrfach zitierte Werke sind im Literaturverzeichnis vermerkt.

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (seit 1818) (zitiert nach Band und Seite)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (bis 1954 Zeitschrift: Arbeitsgerichtliche Praxis) (zitiert nach Jahrgang und Seite seit 1954 nach Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht, auch: Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebsberater (zitiert nach Jahr und Seite)
Bd.	Band
Betr.	Der Betrieb (zitiert nach Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
Bl.	Blatt
BLGBW	Blätter für Grundstücks-Bau- und Wohnungsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)

c.i.c.	culpa in contrahendo
DAR	Deutsches Autorecht (zitiert nach Jahr und Seite)
d.h.	das heißt
DJ	Deutsche Justiz (zitiert nach Jahr und Seite)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
Fußn.	Fußnote
HdwRWiss.	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd I - VIII (1926 - 1937)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897
h.M.	herrschende Meinung
HöfeO	Britische Zone. Höfeordnung vom 24. 4. 1947
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (zitiert nach Jahr und Seite)
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
i.R.	im Rahmen
i.R.d.	im Rahmen der/des
i.S.d.	im Sinne des
i.w.	im wesentlichen
Iher.Jb.	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (zitiert nach Band und Seite)
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)

JurA	Juristische Analysen (zitiert nach Jahr und Seite)
Jur. Diss.	Juristische Dissertation (zitiert nach Erscheinungsort, Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (zitiert nach Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
Mot.	Motive zum BGB
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. zahlr. N.	mit zahlreichen Nachweisen
m. zust. Anm.	mit zustimmender Anmerkung
Nds Rpfl.	Niedersächsische Rechtspflege ab 1. 7. 1947 (zitiert nach Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB
RAG	Reichtsarbeitsgericht
Rdz.	Randziffer

RG	Reichtsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
ROLG	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (zitiert nach Band und Seite)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (zitiert nach Band und Nummer)
Sp.	Spalte
TVG	Tarifvertragsgesetz vom 9. 4. 1949
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung (zitiert nach Jahr und Seite)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. 5. 1908
WarnR	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (zitiert nach Jahrgang und Seite)
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
Zges VW	Zeitschrift für das gesamte Versicherungswesen (zitiert nach Jahr und Seite)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (zitiert nach Jahr und Seite)

A.: Einleitung

Gewillkürte Formbestimmungen, besonders Schriftformklauseln[1], sind in der Praxis, vor allem in Miet- und Gesellschaftsverträgen sowie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), seit langem sehr verbreitet.

Trotzdem hat man sich im Schrifttum zwar ausführlich mit der gesetzlichen, kaum aber mit der gewillkürten Form beschäftigt; eine die besonderen Probleme der Formvereinbarungen im Einzelnen untersuchende Monographie ist bisher, soweit ersichtlich, nicht erschienen. Mit der vorliegenden Arbeit soll ein erster Versuch gemacht werden, die bestehende Lücke zu schließen.

Dies erscheint umso notwendiger, als seit langem in Rechtsprechung und Literatur starke Tendenzen sichtbar werden, die gewillkürten Formbestimmungen weitgehend zu entwerten.
Offenbar empfindet man die Nichtigkeit als Rechtsfolge einer Formverletzung, die schon im Bereich der gesetzlichen Form große Schwierigkeiten bereitete, für die gewillkürte Form als zu hart und unzweckmäßig[2].

Bei der infolgedessen angestrebten Einschränkung der §§ 125 Satz 2 und 154 Abs. 2 BGB verzichtete man jedoch auf eine Überprüfung des herrschenden, starren Nichtigkeitsbegriffs. Auch zeigten sich Bestrebungen, den methodischen Weg einer Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen durch § 242 BGB zu vermeiden, vielmehr zog man es vor, im Falle formwidriger Abreden anzunehmen, die Parteien hätten die Formbestimmung insoweit stillschweigend außer Kraft gesetzt.

Diese Entwicklung stößt auf Bedenken, denn sie läßt die wichtigen Aufgaben, welche die Form auch heute noch zu übernehmen imstande ist, unberücksichtigt.
Zwar wirkt sich allzu starrer Formzwang häufig als "formalistische" Fessel fundamentalen Rechtsempfindens aus; andererseits aber darf der Wert der Form als sinnvolles Mittel zur Erreichung der mit ihr verfolgten Zwecke nicht unterschätzt werden.

---

1) etwa: "Jegliche Ergänzung oder Abänderung des Vertrages bedarf der Schriftform", (vgl. § 15 Deutscher Einheitsmietvertrag, DJ 1934, 304)

2) ebenso Robert FISCHER, LM Nr. 28 zu § 125 BGB (Anm. zu BGH 5. 2. 1968)

Dieses Spannungsverhältnis zwischen Wert und Unwert der Form hat Thomas MANN aus einer künstlerischen Sicht in einer auch für die hier vorliegende Problemstellung zutreffenden Art wie folgt skizziert[1]:

"Und hat Form nicht zweierlei Gesicht? Ist sie nicht sittlich und unsittlich zugleich, - sittlich als Ergebnis und Ausdruck der Zucht, unsittlich und selbst widersittlich, sofern sie von Natur eine moralische Gleichgültigkeit in sich schließt, ja wesentlich bestrebt ist, das Moralische unter ihr stolzes und unumschränktes Szepter zu beugen?"

In dieser Arbeit soll versucht werden, der Schriftformklausel den rechten Platz zwischen diesen beiden Extremen zuzuweisen, indem neue Maßstäbe untersucht werden, welche den raschen Veränderungen der Gegenwart Rechnung tragen.

Im ersten Abschnitt[2] wird der Gegenstand der Arbeit abgegrenzt. Anschließend ist zu untersuchen, welche Funktion die Schriftformklauseln nach dem Willen der Parteien haben sollen, ob ihnen nur deklaratorische oder konstitutive Bedeutung zukommt (zweiter Abschnitt[3]). Bei der darauffolgenden näheren Prüfung des Verhältnisses zwischen der Schriftformklausel und mündlich getroffenen Abreden ist im Rahmen der nur rechtsbekundenden, deklaratorischen Form (dritter Abschnitt[4]) neben dem Umfang der vereinbarten Form vor allem die Beweislage zu untersuchen.

Die Darstellung der rechtsbegründenden, konstitutiven Form (vierter Abschnitt[5]) dagegen konzentriert sich - nach Erörterungen über den Umfang der vereinbarten Form und über die Frage der konkludenten Außerkraftsetzung der Formklausel - auf die Wirkung der Formvereinbarung, oder, anders ausgedrückt, auf die Rechtsfolgen einer Formverletzung.

Einer differenzierten, nicht zuletzt von historischen Perspektiven beeinflußten Würdigung bedarf in diesem Zusammenhang der Begriff der Nichtigkeit in § 125 Satz 2 BGB, der von dem auch heute noch herrschenden, zumindest im Bereich der gewillkürten Form überspannten Nichtigkeitsverständnis zu befreien sein wird.

---

1) Thomas MANN, Der Tod in Venedig und andere Erzählungen, Frankfurt a.M. 1971, S. 15 f.
2) vgl. unten S. 4
3) vgl. unten S. 8
4) vgl. unten S. 30
5) vgl. unten S. 46

Danach wird das mit dem Begriff der Nichtigkeit eng verbundene Problem der Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen untersucht. Die Verwandtschaft der gewillkürten mit der gesetzlichen Form erfordert ein kritisches Eingehen auf die zur gesetzlichen Form bestehende Diskussion; daraus sollen für die gewillkürte Form, besonders für die Schriftformklausel, eigene Lösungen entwickelt werden.

Im fünften Abschnitt[1)] schließlich folgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

Die Arbeit wurde verfaßt in der Hoffnung, den seit langem vernachlässigten Problemkreis der gewillkürten Form ein wenig mehr in das Licht des allgemeinen Interesses zu rücken, darüber hinaus der Rechtspraxis, die im Bereich der Form dem "notwendigen Miteinander von Lehre und Praxis bei der Lösung der Probleme unseres Rechtslebens"[2)] bisher nur unzureichend entsprach, einen möglichen Weg der Bewältigung der angesprochenen Probleme aufzuzeigen.

---

1) vgl. unten S.134
2) vgl. HABSCHEID, Zur Heilung formnichtiger Erbteilskaufverträge - Kritische Bemerkungen zu BGH III ZR 193/64 vom 2. 2. 1967 FamRZ 1968, 13 ff. (14)

B.: Hauptteil

1. Abschnitt: Der Gegenstand der Untersuchung

Obwohl die verschiedenen Arten der Schriftformklausel Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Entscheidungen und einiger Literaturbeiträge waren, ist ein Begriff der Schriftformklausel bisher ausdrücklich nicht gebildet worden[1].

Allgemein wird man die Schriftformklausel definieren können als rechtsgeschäftliche Bestimmung, die einzelne oder sämtliche Teile eines Rechtsgeschäfts der Schriftform unterwirft.

Die vorliegende Arbeit verzichtet auf eine umfassende Prüfung aller unter diesen Begriff subsumierbarer Erscheinungen. Außer Betracht bleiben im folgenden die besonderen Probleme vertraglicher Klauseln, nach deren Wortlaut nur einzelne Teile des Rechtsgeschäfts, vor allem die Abgabe einseitiger Willenserklärungen wie der Kündigung, der Schriftform bedürfen[2].

Anlaß und Gegenstand der Untersuchung sind vielmehr ausschließlich die Rechtsfragen der praktisch häufigsten Erscheinungsform der Formklausel, die auch häufig stillschweigend mit dem Begriff der Schriftformklausel identifiziert wird[3]. Es ist

---

1) vgl. allenfalls HUECK, Formvorschriften für die Änderung von Gesellschaftsverträgen - zur Entscheidung des BGH vom 5. 2. 1968, Betr. 1968, 1207 ff. (1207) folgend abgekürzt: HUECK, Betr. 1968, 1207 ff.)

2) hierzu etwa STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5; REINICKE, Rechtsfolgen S. 153

3) vgl. etwa HENRICH, Formlose Aufhebung der Schriftformklausel bei Mietverträgen, DR 1940, 1268 (folgend abgekürzt: HENRICH, DR 1940, 1268); OSWALD, Kann ein Mietvertrag mit Schriftformklausel später mündlich oder gar stillschweigend geändert werden?, ZMR 1960, 198 ff. (folgend abgekürzt: OSWALD, ZMR 1960, 198 ff.); SCHMIDT-SALZER, Rechtsprobleme der Schriftformklauseln, NJW 1968, 1257 ff. (folgend abgekürzt: SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff.); EISNER, Die Schriftformklausel in der Praxis, NJW 1969, 118 ff. (folgend abgekürzt: EISNER, NJW 1969, 118 ff.); BOERGEN, Die Effektivität vertraglicher Schriftformklauseln, BB 1971, 202 ff. (folgend abgekürzt: BOERGEN, BB 1971, 202 ff.)

dies eine vertragliche[1] Formbestimmung[2], nach deren Wortlaut

--- bei schriftlichem Abschluß sämtliche Vertragsabreden der Schriftform unterworfen werden,
--- bei mündlichem Abschluß unter Einbeziehung schriftlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) sämtliche Vertragsabreden, welche die vorgedruckten Bestimmungen ergänzen oder von ihnen abweichen, der Schriftform unterworfen werden.

Für schriftformbedürftig erklärt werden in der Regel die vor und die nach Vertragsschluß getroffenen Abreden; nur selten bezieht sich der Wortlaut der Schriftformklausel ausdrücklich nur auf spätere Änderungen des Vertrages.

Nicht notwendig ist, daß für den Vertrag als solchen eine selbständige, vor Abschluß wirksame Formvereinbarung iSd § 154 Abs. 2 BGB getroffen wird; derartige Rahmenvereinbarungen sind heute ohnehin selten[3]. Der Praxis entsprechend ist vielmehr die Annahme einer unselbständigen Vertragsbestimmung iSd § 125 Satz 2 BGB, die erst mit Abschluß des Geschäfts ihre integrierende Funktion entwickelt.

---

1) zu prüfen ist jeweils, ob einer Formklausel nicht etwa eine gesetzliche Formbestimmung iSd § 125 Satz 1 BGB zugrundeliegt. Einer tarifvertraglichen Formbestimmung etwa kommt wegen § 1 TVG die Bedeutung gesetzlichen Formzwangs zu, vgl. etwa BAG 15. 11. 1957 AP Nr. 2 zu § 125 BGB; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7. Aufl. Berlin/Frankfurt 1963, § 29 S. 167 ff.; NIKISCH, Arbeitsrecht, I. Band, 3. Aufl. Tübingen 1961, S. 183 f.; KASKEL-DERSCH, Arbeitsrecht, 5. Aufl. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1957, § 23 S. 130 ff.
2) Gegenstand der Arbeit sind also reine Formklauseln. Die Problematik der Schriftformklausel überschneidet sich gelegentlich mit Fragen des Vertretungsrechts; dies etwa dann, wenn die Aufnahme von Bestellungen durch Vertreter erfolgt, die hierbei Formulare verwenden, in denen Klauseln wie "Abweichende Zusagen des Vertreters bedürfen der schriftlichen Bestätigung des Vertretenen" auftauchen. In diesen Fällen ist sorgfältig zu prüfen, ob sie als Formbestimmung oder als bloße die Vertretungsmacht einschränkende Klauseln anzusehen sind. Ist letzteres der Fall, so gehören die entstehenden Probleme allein dem Vertretungsrecht an (so richtig etwa FLUME, AT2, § 15, III S. 266; REINICKE, Rechtsfolgen, S. 158). Insoweit ist auf die diesbezüglichen Darstellungen zu verweisen (vgl. insbesondere RAISER, Das Recht der AGB, S. 238 f.; ferner LÜDERITZ, Auslegung von Rechtsgeschäften, Vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts, Karlsruhe 1966, § 12 II S. 215, 220 f. (folgend abgekürzt: LÜDERITZ, Auslegung)).
3) vgl. LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, S. 217

In der Regel, besonders in AGB, aber auch in einzeln ausgehandelten Individualverträgen, stellt sich die Schriftformklausel als s c h r i f t l i c h e Bestimmung dar. Eine einheitliche Erscheinungsform hat sich bisher nicht gebildet; die in der Praxis gebräuchlichen Formklauseln haben ganz unterschiedliche Formulierungen. Einige typische Beispiele seien hier vorgestellt[1]:

"Mündliche Abreden bedürfen der schriftlichen Bestätigung."[2]

"Jegliche Abänderung oder Ergänzung des Vertrages bedarf der Schriftform."[3]

"Mündliche Nebenabreden gelten nicht."[4]

"Abänderungen dieses Vertrages haben nur Gültigkeit, wenn sie schriftlich zwischen beiden Parteien vereinbart sind."[5]

"Mündliche Zusagen haben keine Gültigkeit."[6]

"Mündliche Abreden, die Abweichungen von vorstehenden Bedingungen enthalten, sind nur gültig, wenn sie von dem Verkäufer schriftlich bestätigt sind."[7]

Ob die Klausel "Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen"[8] als echte Formbestimmung iSd § 125 Satz 2 BGB oder nur als bloßer integrierender Hinweis zu Beweiszwecken gewollt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab[9], kann allgemein daher schwer beantwortet werden[10].

Eine Schriftformklausel kann auch m ü n d l i c h vereinbart werden. Wann dies vorliegt,

---

1) die Beispiele in der Praxis sind so zahlreich, daß von dem Versuch einer vollständigen Darstellung abgesehen werden soll.
2) vgl. STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 8 a
3) vgl. § 15 Deutscher Einheitsmietvertrag, DJ 1934, 304
4) vgl. FLUME, AT2, § 15 III, 2 S. 266
5) vgl. BOERGEN, BB 1971, 202 ff. (204)
6) vgl. ESSER, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1970, § 12 II S. 90 (folgend abgekürzt: ESSER, SchuR I)
7) vgl. BOERGEN, BB 1971, 202 ff. (204)
8) hierzu LG Hamburg 24. 6. 1966 MDR 1967, 594; OLG Karlsruhe 6. 10. 1970, BB 1972, 198 f.; BOERGEN, BB 1971, 202 ff. (203); LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 219
9) LÜDERITZ (Auslegung, § 12 II, 2 S. 219) dagegen will diese Klausel wohl stets als echte Formvereinbarung ansehen; ebenso wohl BOERGEN, BB 1971, 202 ff. (204)
10) in ihrer Wirkung ist sie jedoch zumindest der nur deklaratorischen Schriftformklausel gleich, vgl. dazu unten S.33ff; a. A. LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 219: idR konstitutive Wirkung

ist nicht immer leicht festzustellen. Oft fehlt eine ausdrückliche Stellungnahme zur Formfrage, die Parteien einigen sich jedoch schriftlich. Wird hierin wegen der rechtlichen Tragweite einer solchen Entscheidung eine Formvereinbarung iSd § 125 Satz 2 BGB meist nicht zu sehen sein, so ist das Verhalten der Parteien doch auszulegen. Ergibt sich, daß nach dem Willen der Beteiligten in der freiwilligen Förmlichkeit eine echte Formvereinbarung liegt, so kann, muß jedoch nicht der Wille zugrundeliegen, alle Abreden seien formbedürftig, eine Schriftformklausel solle gelten[1)]. Jedenfalls bedarf es bei der Untersuchung, ob eine mündliche Formabrede vorliegt, und welchen Umfang eine solche gegebenenfalls hat, der erhöhten Prüfung aller Einzelfallumstände.

In der vorliegenden Arbeit soll nun das Verhältnis zwischen der Schriftformklausel und mündlich getroffenen Abreden untersucht werden. Der Akzent liegt dabei auf den unmittelbaren Rechtsfolgen der Formbestimmung; zwar werden auch die im Zusammenhang mit einer Formverletzung entstehenden, sekundären Nebenfolgen erwähnt, sie stehen jedoch nicht im Zentrum des Interesses.

Will man diese unmittelbaren Folgen der Formvereinbarung bestimmen, so gilt es zunächst, die von den Parteien vereinbarte Funktion der Schriftformklausel zu ermitteln.

---

1) vgl. LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 217

2. Abschnitt: Die Funktion der Schriftformklausel

I. Die Begriffe deklaratorisch / konstitutiv

Die Vermutung des § 125 Satz 2 BGB

Grundlage der gewillkürten Form ist allein die rechtsgeschäftliche Autonomie der Parteien. Hieraus ergibt sich nicht nur die Fähigkeit der Beteiligten, über Umfang[1] und Bestand[2] der getroffenen Formbestimmung autonom zu entscheiden, sondern es bleibt ihnen - wie sich auch der Formulierung "im Zweifel" in § 125 Satz 2 BGB entnehmen läßt - ebenso überlassen, die Rechtsfolgen einer Formverletzung beliebig festzulegen[3]. Entscheidend ist, welchen Sinn die Parteien der vereinbarten Form beimessen.

So können sie beabsichtigen, der Form lediglich rechtsbekundenden, beweissichernden Charakter zu verleihen (sog. deklaratorische Form). Die Beteiligten können aber auch übereinkommen, die Wahrung der gewillkürten Form solle Wirksamkeitsvoraussetzung der von der Form erfaßten Rechtsgeschäftselemente sein (sog. konstitutive[4] Form)[5].

Der § 125 Satz 2 BGB lautet:

"Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge."

---

1) allg. Meinung, vgl. etwa RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 31; PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 2 a

2) allg. Meinung, etwa STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5 a; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 7 m.w.N.; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 14

3) vgl. statt aller STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5, 32; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 6; PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 2 a

4) Der Begriff der "konstitutiven" Form soll, da allgemein gebräuchlich, auch hier Verwendung finden. Er ist jedoch nicht immer genau; in dem (seltenen) Fall einer "konstitutiven" Formvereinbarung nach bindendem Abschluß ist die Form nicht rechtsbegründend (vgl. Der Große Brockhaus, Bd. 6, 16. Aufl. Wiesbaden 1955, S. 538 zum Stichwort "konstitutiv"), sondern rechtsändernd.

5) vgl. statt aller STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 6

Das Gesetz bestimmt also, im Zweifel sei anzunehmen, daß Beachtung der gewillkürten Form Wirksamkeitsvoraussetzung der von der Formvereinbarung erfaßten Willenserklärungen sein soll.
Diese Vermutung ist jedoch w i d e r l e g b a r, d. h. sie befreit nicht von der Notwendigkeit, zu prüfen, welchen Sinn die Parteien der verabredeten Form (hier: Schriftformklausel) im Einzelfall beimessen wollten. Diese Prüfung macht die A u s l e g u n g der Parteivereinbarungen erforderlich; nur wenn so der Sinn der Formvereinbarung zweifelsfrei nicht erkennbar wird, ist auf die Auslegungsregel des § 125 Satz 2 BGB zurückzugreifen.

Im folgenden sei anhand der anerkannten Auslegungskriterien näher untersucht, zu welchen Ergebnissen die Auslegung der gebräuchlichen Schriftformklauseln führt, ob die vereinbarte Form nach dem Willen der Parteien nur deklaratorische oder konstitutive Funktion haben soll.

II. Die Auslegung der Schriftformklausel

Die Prüfung, ob die Schriftformklausel im Einzelfall nur deklaratorischen oder konstitutiven Charakter hat, erfolgt nach den §§ 133, 157 BGB [1].

Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang zwischen den Fällen, in denen die Formklausel Gegenstand einer besonderen Individualvereinbarung ist und solchen, in denen sie lediglich im Wege einer pauschalen Einbeziehungsvereinbarung [2] (AGB) zum Inhalt des Einzelvertrages wird.

---

1) zum Verhältnis der §§ 133, 157 BGB vgl. etwa FLUME, AT 2 § 16, 3 S. 307 f.

2) die heute h. M. nimmt an, die Einbeziehung der AGB erfolge auf rechtsgeschäftlichem Wege, vgl. GRUNSKY, Neue Literatur und Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JurA 1969, Zivilrecht I, S. (ZR) 19 ff., (20 ff.) m.w.N.; RAISER, Das Recht der AGB, S. 148 ff.; SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 20 ff.

1) Einzeln ausgehandelte Schriftformklausel

Ist die Schriftformklausel von den Parteien einzeln ausgehandelt worden[1)], so ist der Sinn der Formvereinbarung nach der allgemeinen Auslegungsmethodik zu ermitteln.

---

1) Die Frage, ob eine derartige besondere Individualvereinbarung vorliegt, bereitet im Rahmen eines einzeln ausgehandelten Individualvertrages zumindest dann keine Schwierigkeiten, wenn die Klausel schriftlich niedergelegt ist (zur mdl. vereinbarten Schriftformklausel vgl. oben S. 6).
Im Fall der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen jedoch können sich im Einzelfall Zweifel einstellen, ob über die globale Einbeziehung hinaus eine individuelle Einigung bezüglich einzelner Klauseln der AGB, insbesondere der Schriftformklausel, vorliegt. Die sich eröffnende Frage ist für den vorl. Zusammenhang wesentlich, da von ihrer Beantwortung abhängt, ob für die Formklausel die Sondernormen eingreifen, welche für die AGB entwickelt wurden, um eine Verzerrung der Privatautonomie durch einseitige Vertragsgestaltung auszugleichen (allg. Meinung, vgl. etwa BGH 29. 9. 1960 BGHZ 33, 216 ff. (218 f.); BGH 22. 2. 1967 NJW 1967, 1225 ff. (1227); SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 12). Eine Behandlung der Schriftformklausel in AGB wie eine besondere Individualvereinbarung erscheint idR nur dann gerechtfertigt, wenn ein tatsächliches individuelles Aushandeln bezüglich der Formklausel vorliegt (ebenso SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 12). Nicht ausreichend für die Annahme eines solchen individuellen Aushandelns dürfte also sein:

- "ein formularmäßiger Vermerk, der Kunde habe die AGB geprüft und in voller Kenntnis ihrer inhaltlichen Bedeutung akzeptiert
- ein Übersenden bzw. Überreichen des Textes der AGB mit der Aufforderung, sie zunächst zu lesen und erst dann eine globale Einbeziehungserklärung abzugeben
- ein Verlesen der AGB durch den Unternehmer." (SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 12).

Werden die AGB von den Parteien dagegen näher besprochen, wie das etwa bei Formularmiet- und Pachtverträgen häufig der Fall ist, so wird man leichter dazu kommen können, eine besondere individuelle Einigung über die Schriftformklausel anzunehmen.

Dieses Problem ist hier jedoch nicht eingehend zu behandeln, da es die allgemeine Grenze der Geltung der für die AGB entwickelten Sondernormen betrifft und keine Sonderheit der Schriftformklausel darstellt. Bei der Lösung wird das Prinzip der Selbstbestimmung, aber auch das der Selbstverantwortung, d. h. der Zurechenbarkeit objektiver Erklärungssachverhalte im Sinne geordneten Sozialablaufs (dazu etwa LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967, § 25 S. 333 ff. (folgend abgekürzt: LARENZ, AT); FLUME, AT 2 § 4 S. 45 ff.), zu beachten sein.
Jedenfalls dürfte eine widerlegbare Vermutung dafür sprechen, daß die Schriftformklausel, sofern sie in AGB auftaucht, nicht individuell ausgehandelt wurde (SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 16).

a) Der Wortlaut

Der Wortlaut der gebräuchlichen Schriftformklauseln ist bei der Beantwortung der Frage nach der Funktion der Formbestimmung keine allzugroße Hilfe; die der Formklausel zugedachte Qualität wird zweifelsfrei nicht erkennbar[1]. Formulierungen, nach denen Nebenabreden der Schriftform "bedürfen", sind indifferent, da in ihnen lediglich die Tatsache der Formvereinbarung zum Ausdruck kommt[2]. Die Klausel "Mündliche Abreden gelten nicht" dagegen spricht für die Annahme eines Parteiwillens, die Form konstitutiv sein zu lassen. Selbst wo jedoch nach dem Wortlaut die "Gültigkeit" der Vereinbarungen von der Wahrung der Schriftform abhängig gemacht wird, können die Parteien doch nur die deklaratorische Form gewollt haben (vgl. § 133 BGB)[3].

Zur Bestimmung der von den Parteien gewollten Wirkung der vereinbarten Form bedarf es daher idR des Rückgriffs auf die von den Beteiligten mit der Schriftformklausel verfolgten Zwecke [4].

Wegen dieser Bedeutung des Formzwecks für die vorliegende Thematik wird im folgenden näher zu untersuchen sein, welche Zwecke mit der individuell ausgehandelten Schriftformklausel verbunden werden, inwieweit den einzelnen Zwecken die nur deklaratorische oder die konstitutive Form entspricht, schließlich, welche der verschiedenen Zwecke in der Praxis bevorzugter Anlaß für eine Formklausel sind.

b) Der Zweck

Die Ermittlung des Zwecks einer Schriftformklausel kann im Einzelfall auf Schwierigkeiten stoßen, da die Parteien gelegentlich selbst nicht genau wissen, was sie mit der Formklausel beabsichtigten; auch verfolgen sie bisweilen gleichzeitig mehrere,

---

1) BOERGEN, BB 1971, 202 ff. (204)
2) a.A. HUECK, Formvorschriften für die Änderung von Gesellschaftsverträgen - Zur Entscheidung des BGH vom 5. 2. 1968 - , Betr. 1968, 1207 ff. (1209) (folgend abgekürzt: HUECK, Betr. 1968, 1207 ff.): "Das Wort "bedürfen" deutet rein sprachlich darauf hin, daß die Schriftform Wirksamkeitsvoraussetzung sein soll ..."
3) ebenso BOERGEN, BB 1971, 202 ff. (204)
4) vgl. statt aller STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5 a; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 6; PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 2 a

möglicherweise sogar unterschiedliche Zwecke.

Ist die Skala der möglichen Formzwecke einerseits theoretisch unbegrenzt, so ist doch andererseits nicht zu verkennen, daß die Skala der gesetzlichem wie gewillkürtem Formzwang zugrundeliegenden Zwecke wiederkehrende Tendenzen aufweist, die sich an den empirisch feststellbaren Positiva der Form orientieren. Insoweit werden Parallelen zwischen gesetzlicher und gewillkürter Form sichtbar[1], die eine Anlehnung an die von HELDRICH[2] eindrucksvoll[3] zusammengestellten Zwecke der gesetzlichen Formvorschriften nahelegen.

(1) Übereilungsschutz

Zweck der Schriftformklausel kann es zunächst sein, den Beteiligten die rechtlichen Konsequenzen ihres Tuns vor Augen zu führen, sie derart zur Besonnenheit anzuhalten und vor übereilten Entschlüssen den Inhalt des Vertrages, d. h. Art und Umfang der einzelnen Vereinbarungen betreffend, zu warnen (Übereilungsschutz)[4].

Dient die Formklausel dem Schutz vor Übereilung, so wird die Form konstitutiv sein sollen. Die gewollte Erschwerung der einzelnen Abrede mit dem Ziel der Förderung des Bewußtseins rechtlich relevanten Handelns kann sinnvollerweise nur Schutz vor übereilten materiellen Bindungen, nicht die Errichtung einer lediglich beweisorientierten Abwehr gegen berechtigte Erfüllungsverlangen bedeuten.

Der Zweck des Übereilungsschutzes dürfte in der Rechtspraxis heute als atypisch anzusehen sein, und dem Ergebnis der Auslegung daher nur selten entsprechen. Denn

---

1) ebenso LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 1 S. 215 m.w.N.
2) HELDRICH, Die Form des Vertrages - Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts, aufgrund eines Referates herausgegeben von HUECK, AcP 147, 89 ff. (91 ff.) (folgend abgekürzt: HELDRICH, AcP 147, 89 ff.)
3) allgemein anerkannt, vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. Tübingen 1959/60, § 154 II S. 954 (folgend abgekürzt: ENNECERUS-NIPPERDEY); LORENZ, Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge (BGH NJW 1965, 812). JuS 1966, 429 ff. (436 Fußn. 46) (folgend abgekürzt: LORENZ, JuS 1966, 429 ff.)
4) HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (91). Die von HELDRICH (aaO. S. 91) zuerst genannte Abschlußklarheit ist bei schriftl. Abschluß durch Integrationsmängel nicht gefährdet, da der Schriftformklausel hier zumindest die tatsächl. Schriftform vorausgeht, bei mündlichem Abschluß dagegen nicht erreichbar.

einmal wird die Schriftformklausel zumeist erst bei Vertragsabschluß vereinbart; soweit die Klausel eine Berufung auf frühere Abreden, die nicht schriftlich niedergelegt sind, ausschließt, schützt sie nicht vor Übereilung, sondern bewirkt häufig geradezu das Gegenteil.

Zum anderen dürfte die jahrtausendelange Entwicklung von starrem Formalismus zum Grundsatz der Formfreiheit[1] u. a. Konsequenz der Tatsache sein, daß der heutige Privatrechtsverkehr des Schutzes vor Übereilung durch Formvorschriften im allgemeinen nicht mehr bedarf.[2]

(2) Erkennbarkeit für Dritte

Zweck der Schriftformklausel kann es ferner sein, interessierten Dritten Kenntnis über den Inhalt des Vertrages , d. h. über Art und Umfang der einzelnen Vereinbarungen, zu vermitteln (Erkennbarkeit für Dritte) [3].

Der Tatsache, daß die Parteien aus Gründen der Erkennbarkeit für Dritte eine Formklausel vereinbart haben, läßt sich nicht ohne weiteres sicher entnehmen, ob die Form nur deklaratorischen oder konstitutiven Charakter haben soll. In der Regel wird jedoch anzunehmen sein, daß der Parteiwille dahingeht, die Formwahrung Wirksamkeitsvoraussetzung der von der Schriftformklausel erfaßten Rechtsgeschäftselemente sein zu lassen, da die Erkennbarkeit für Dritte durch die nur deklaratorische Form, welche mündlich wirksame Zusatzvereinbarungen nicht ausschließt, nur ungenügend verwirklicht wird. Das Drittinteresse besteht doch meistens darin, Kenntnis

---

1) vgl. unten S. 82 ff.

2) Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch die nicht ganz unzweifelhafte E i g n u n g der bloßen Schriftform zum Medium des Schutzes vor übereilten Zusagen. LANGE (Die Eindämmung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, AcP 144, 149 ff. (149) (folgend abgekürzt: LANGE, AcP 144, 149 ff.)) bemerkt hierzu: "der unüberlegt Handelnde wird ebenso schnell das unterschreiben, was man ihm vorlegt, wie sich mit dem einverstanden erklären, was man ihm vorschlägt." Schutz vor Übereilung kann die Schriftform zuverlässig wohl nur dann bieten, wenn mit dem Formerfordernis ein gewisser z e i t l i c h e r Aufschub verbunden ist, was häufig eben nicht der Fall ist (ebenso REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 98).
Ein Schluß von der mangelnden Geeignetheit auf die nur zurückhaltende Anwendung eines rechtlichen Mittels erscheint hier naheliegend.

3) vgl. HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (91)

der wirksamen , nicht allein der unschwer beweisbaren Vereinbarungen zu erlangen[1].

Konstitutive Bedeutung wird die Schriftformklausel vor allem häufig bei langfristigen Miet- oder Pachtverträgen haben sollen. Denn § 566 BGB, der nach ganz h. M. zumindest vorwiegend der für eventuelle dritte Grundstückserwerber im Hinblick auf § 571 BGB wesentlichen Erkennbarkeit bestehender Miet- und Pachtverhältnisse zu dienen bestimmt ist[2], führt nicht selten zu einer Akzessorietät des Zwecks der gewillkürten Formbestimmung, d. h. zu einer Orientierung an den Voraussetzungen der gesetzlichen Formvorschrift[3]. Den Anforderungen des § 566 BGB genügt aber nur eine konstitutive Formklausel[4].

In der Rechtspraxis dürfte die Erkennbarkeit für Dritte - wegen der §§ 566, 571 BGB mit der Ausnahme langfristiger Miet- und Pachtverträge - ebenfalls als atypischer Zweck gelten, der nur selten alleiniger Anlaß für eine Schriftformklausel ist.

(3) Eindeutige Festlegung der Parteibeziehungen

Auch können die Parteien mit der Schriftformklausel den Zweck verfolgen, die Parteibeziehungen aus eigenem Interesse eindeutig festzulegen, sich derart mit dem Ziel der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens in der "Kunst, Prozesse zu verhüten"[5], zu üben. Diese Absicht, die Integration des Vertrages zu stärken, ist in zweierlei Hinsicht denkbar: Einmal als Sicherung des Beweises auf grundsätzlich nur formeller Ebene, zum anderen als Schaffung auch materieller Inhaltsklarheit.

---

1) ähnlich BOERGEN, BB 1971, 202 ff. (203)
2) vgl. RG 20. 11. 1914 RGZ 86, 30 ff. (32); RG 27. 9. 1927 RGZ 118, 105 ff. (106); BGH 7. 10. 1953 LM Nr. 1 zu § 566 BGB; BGH 30. 5. 1962 NJW 1962, 1388 ff. (1388); ERMAN-SCHOPP, § 566 Anm. 2; PALANDT-PUTZO, § 566 Anm. 1; REINICKE, Rechtsfolgen, S. 75 m.w.N.; LÜDERITZ, Auslegung, § 12 I, 2, S. 209
3) ebenso ROQUETTE, Formlose Aufhebung der Schriftformklausel bei Mietverträgen, DR 1940, 961 ff. (962) (folgend abgekürzt: ROQUETTE, DR 1940, 961 ff.)
4) Die Schriftlichkeit iSd § 566 BGB ist bereits durch einzelne formlose Nebenabreden gefährdet, vgl. etwa RG 27. 9. 1927 RGZ 118, 105 ff. (106); BGH 23. 12. 1953 NJW 1954, 425 f. (426) m.w.N.; BGH 8. 12. 1959, NJW 1960, 475 f.
5) v. SCHACKOW, Festvortrag zur Eröffnungsfeier des 34. deutschen Anwaltstages, NJW 1967, 1201 ff. (1201)

(a) Beweissicherung

Die Schriftformklausel kann der Sicherung des Beweises der einzelnen Parteivereinbarungen dienen (Beweissicherung)[1].

Verfolgen die Parteien lediglich den Zweck der Beweissicherung, so ist die Form grundsätzlich nur rechtsbekundend, d. h. deklaratorisch[2]. Denn Beweissicherung bedeutet in aller Regel, daß Abreden mündlich getroffen wirksam sind. Lediglich in seltenen Ausnahmefällen werden die Parteien auf die Sicherung des Beweises derart gesteigerten Wert legen, daß sie die getroffenen Vereinbarungen erst dann wirksam werden lassen wollen, wenn deren Beweisbarkeit durch die Wahrung der Schriftform erleichtert ist.

Auch die bloße Beweissicherung, d. h. die grundsätzlich nur deklaratorische Form, wird selten Zweck der Formklausel sein, wie es auch die zur Schriftformklausel bestehende Rechtsprechung und Literatur wiederspiegelt[3]. Die Intention, die Parteibeziehungen eindeutig festzulegen, schließt vernünftigerweise das Bestreben ein, es zu Rechtsstreitigkeiten soweit möglich gar nicht erst kommen zu lassen, der Form also konstitutiven Charakter zu verleihen.
Eine abweichende Ansicht vertritt der BGH[4] zu Schriftformklauseln für die Änderung von Gesellschaftsverträgen, insbesondere der Offenen Handelsgesellschaft: Unter Hinweis auf den der OHG zukommenden Bestandschutz führt der BGH aus, die notwendige Anpassung der Gesellschaft an die "sich ständig ändernden wirtschaftlichen Verhältnisse" führe zu Änderungen des Gesellschaftsvertrages, "ohne daß sich die Parteien dessen vielfach bewußt werden". Es gehe nicht an, solchen mündlichen Änderungen mit der harten Unwirksamkeitsfolge des § 125 Satz 2 BGB zu begegnen.

---

1) vgl. HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (91)
2) ganz h. M., vgl. etwa STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5; RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 28; LEHMANN-HÜBNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 15. Aufl. Berlin 1966, § 31 VII S. 225 (folgend abgekürzt: LEHMANN-HÜBNER); SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 16; PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 2 a
3) ausdrücklich etwa BGH 11. 10. 1967, NJW 1968, 32 f. (33); RAISER, Das Recht der AGB, S. 235; STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 8 a; EISNER, NJW 1969, 118 ff. (119); ESSER, SchuR I, § 12 II S. 90
4) BGH 5. 2. 1968, BB 1968, 607 f.

"Diese Erwägungen führen dazu, daß die rechtliche Bedeutung einer gesellschaftsvertraglichen Bestimmung, wonach Abänderungen des Gesellschaftsvertrages der Schriftform bedürfen, darin liegt, daß die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft damit der Schriftform nicht eine Wirksamkeitsvoraussetzung im Sinne des § 125 Satz 2 BGB beilegen, sondern mit ihr lediglich eine Klarstellungsfunktion bezwecken."

Ganz abgesehen von der Frage, ob die vom BGH in dem entschiedenen Fall vertretene "Auslegung" dem Prinzip der Privatautonomie gerecht wird[1], erscheint seine Ansicht auch im Hinblick auf den mit der Schriftformklausel verfolgten Zweck zweifelhaft.

Denn gerade wegen der vom BGH so betonten gesellschaftsrechtlichen Praxis, in der aufgrund der "sich ändernden wirtschaftlichen Verhältnisse" die Ansichten der Gesellschafter darüber, ob der Gesellschaftsvertrag abgeändert ist, häufig auseinandergehen, wird den Parteien die bloß beweissichernde, deklaratorische Schriftformklausel als ungenügend erscheinen.

Der in der meist auf längere Zeit angelegten Gesellschaft verkörperte Wert bedarf zur Erhaltung seines Bestandes der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens. Ist die Formklausel aber Ausdruck der Zielsetzung der Parteien, den Gesellschaftsfrieden zu sichern, so werden diese in aller Regel jeden Zweifel darüber ausschließen wollen, ob bindende Änderungen des Vertrages zustandegekommen sind, und welchen Inhalts solche Vereinbarungen sind. Ein Streit über behauptete formlose Änderungen soll gar nicht erst entstehen.

Die Ansicht des BGH, der "Ausgangspunkt für die Auslegungsvorschrift des § 125 Satz 2 BGB" treffe bei der OHG nicht zu, dürfte daher als an der Wirklichkeit vorbeigehend abzulehnen sein; auch im Gesellschaftsrecht hat die Schriftformklausel idR konstitutiven Charakter[2].

---

1) über alle Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft hinausgehend, setzt sich der BGH über den Parteiwillen (s.o.) und die Auslegungsregel des § 125 Satz 2 BGB hinweg. Statt der Ermittlung des konkreten in der Formklausel zum Ausdruck kommenden Willens wird ein hypothetischer, dem BGH zweckmäßig erscheinender Parteiwille gebildet, wodurch zwangsläufig die Privatautonomie, die Fähigkeit der Parteien, über die Rechtsfolgen einer Formverletzung selbst zu entscheiden, Schaden nehmen muß. Ebenso TIEFENBACHER, BB 1968, 608 (Anm. zu BGH 5. 2. 1968); HUECK, Betr. 1968, 1207 ff.; REINICKE, Rechtsfolgen, S. 159

2) ebenso TIEFENBACHER, BB 1968, 608 (Anm. zu BGH 5. 2. 1968) m.zahlr. Nachw.; HUECK, Betr. 1968, 1207 ff. (1209) m. zahlr. Nachw.

Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Tendenz, die Form beim Zweck der eindeutigen Festlegung der Parteibeziehung nicht nur deklaratorisch sein zu lassen, mag allenfalls für den seltenen Fall einer erst nach bindendem Abschluß des Vertrages vereinbarten Formklausel gelten: Dem Parteiwillen wird hier - für die bereits getroffenen Abreden - meistens eine Schriftformklausel nur deklaratorischer Funktion entsprechen[1].

(b) Materielle Inhaltsklarheit

Das Bestreben, die Parteibeziehungen eindeutig festzulegen, kann auch bedeuten, daß die Parteien bezwecken, durch die Schriftformklausel unbestreitbare, materielle Klarheit über den Inhalt der einzelnen Parteivereinbarungen zu erzielen (materielle Inhaltsklarheit)[2].

Im Gegensatz zur bloßen Beweissicherung verlangt der Zweck der materiellen Inhaltsklarheit die konstitutive Form. Die Bereinigung des Rechtsverhältnisses soll nicht auf bloß formeller, sondern auf materieller Ebene erfolgen. Allerdings wird anzunehmen sein, daß die Zwecke der materiellen Inhaltsklarheit und der Beweissicherung nicht selten konkurrieren; denn es wird den Parteien häufig auch nicht allein darum gehen, die materielle Wirksamkeit mündlicher Abreden zu limitieren, sondern weitergehend darum, jegliche Geltendmachung solcher Abreden, auch im Hinblick auf eventuelle i. R. d. Formverletzung entstehende Schadensersatzansprüche oder Gestaltungsrechte, auf materieller und formeller Ebene auszuschließen[3].
Die materielle Inhaltsklarheit ist, wie auch in der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur erkennbar wird, in der Praxis heute - abgesehen von den Fällen langfristiger Miet- und Pachtverträge, in denen im Hinblick auf die §§ 566, 571 BGB in

---

1) allg. Meinung, etwa SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 13 m.w.N.; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 6 m.w.N.
2) vgl. HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (91). Die bei HELDRICH weiter genannten Formzwecke der fachmännischen Beratung, der Überwachung im Sinn des Gemeinschaftsinteresses, der Erschwerung des Vertragsschlusses im Interesse der Gemeinschaft, können für die gewillkürte Form außer Betracht bleiben.
3) ebenso wohl RAISER, Das Recht der AGB, S. 235

der Regel die Erkennbarkeit für Dritte eine wesentliche Rolle spielen wird - der bevorzugte Zweck der Schriftformklausel[1]. Dies gilt auch, entgegen der Meinung des BGH[2], für das Gesellschaftsrecht[3].
Im Zweifel dürfte davon auszugehen sein, daß die individuell ausgehandelte Formklausel der materiellen Inhaltsklarheit dienen soll[4].

Das gefundene Resultat entspricht der Vermutung des § 125 Satz 2 BGB: Soweit die Schriftformklausel Gegenstand einer einzeln ausgehandelten Individualvereinbarung ist, führt die Auslegung der Parteivereinbarungen in der Regel zu der Annahme, daß die vereinbarte Form nach dem Willen der Parteien konstitutive Funktion hat.

2) Pauschal einbezogene Schriftformklausel

Durch Auslegung der Parteivereinbarungen ist ferner zu prüfen, welche Funktion einer Schriftformklausel zukommt, die lediglich Teil vorgedruckter, global in den Einzelvertrag einbezogener Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist.

a) Der Wortlaut

Wie bei der individuell ausgehandelten Formklausel[5] läßt der Wortlaut der in AGB

---

1) vgl. etwa BGH 26. 11. 1964 NJW 1965, 293; BGH 11. 10. 1967 NJW 1968, 32 ff. (33); OLG Nürnberg 21. 10. 1969 VersR 1971, 259; KÖTZ, JZ 1967, 288 ff. (Anm. zu BGH 19. 9. 1966) (wenig differenziert); EISNER, NJW 1969, 118 ff. (119); zum Mietrecht vgl. ROQUETTE, DR 1940, 961 ff. (962); zum Gesellschaftsrecht vgl. TIEFENBACHER, BB 1968, 608 (Anm. zu BGH 5. 2. 1968) m.w.N.; HUECK, Betr. 1968, 1207 ff. (1209) m.w.N.
2) vgl. oben S. 15 f.
3) vgl. oben S. 16 f.
4) Nicht ganz unerwähnt bleiben soll der Fall, daß einer Schriftformelklausel lediglich der Zweck zugrundeliegt, einer vermeintlich bestehenden gesetzlichen Formvorschrift zu genügen. Dieser Zweck, dem naturgemäß die konstitutive Form entspricht, wird jedoch sehr selten vorkommen.
Nach h. M. hat eine derart motivierte Formklausel Wirkung wie jede andere, vgl. etwa RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 29; STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 32 m.w.N. Anders im Ergebnis die hier vertretene Meinung, vgl. unten S. 122 Fußn. 4
5) vgl. oben S. 11

verwendeten Schriftformklauseln, deren gebräuchliche Formulierungen keine Besonderheiten aufweisen, einen sicheren Schluß auf die Qualität der Formbestimmung nicht zu. Auch wenn mündliche Abreden nach dem Wortlaut der Klausel ausdrücklich für unwirksam erklärt werden, so kann die - nach anderen Kriterien erfolgende - Auslegung ergeben, daß die nur deklaratorische Form gewollt ist.

b) Der Zweck

Der Rückgriff auf die Zwecke der Form ist hier von nur begrenztem Wert, da mit der Schriftformklausel als einseitig gesetzter Vertragsbestimmung, die der Gegenpartei typischerweise nicht einmal bekannt ist, zumeist nur einseitige Zwecke vom Aufsteller der vorgedruckten Bestimmungen verfolgt werden.

Welche Zwecke sind dies?

(1) Übereilungsschutz?

Der Übereilungsschutz als Motiv für die Aufnahme der Formklausel in die vorgedruckten Bestimmungen, d.h. für die Einführung in den Einzelvertrag, scheidet wohl völlig aus; der Unternehmer, der meist in größerem Rahmen am Geschäftsleben teilnimmt, wird sich angesichts der Gleichartigkeit der von ihm in den AGB vorbereiteten Geschäfte kaum vor Übereilung schützen wollen, noch weniger den Kunden. Auch in Formularmiet- und Pachtverträgen[1] wird der Zweck des Übereilungsschutzes kaum Anlaß für eine Schriftformklausel sein.

(2) Schutz vor Eigenmächtigkeiten der Hilfspersonen

In Frage kommt jedoch ein anderer, einseitig an den Interessen des Aufstellers der AGB orientierter Schutzzweck:
Die Schriftformklausel wird häufig dazu bestimmt sein, den Unternehmer, der zumeist gezwungen ist, durch schwer kontrollierbare, in ihrer Vertretungsmacht weitgehend unbeschränkbare Hilfspersonen (vgl. etwa die §§ 49 HGB, 43 ff. VVG) zu

---

1) auch Formularverträge gehören zum Rechtsbegriff der AGB, vgl. BGH 16. 12. 1965 Betr. 1966, 495; BGH 11. 11. 1968 BGHZ 51, 55 f. (59); BGH 19. 11. 1970 VersR 1971, 172 ff. (173); BGH 3. 3. 1971 BB 1971, 413; SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 6 ff.

kontrahieren, vor deren Eigenmächtigkeiten zu schützen[1]. Zweck ist demnach eine verdeckte Einschränkung der Vertretungsmacht mit dem Ziel, die einseitige Ausgestaltung und Typisierung der Geschäfte zu sichern.
Diesem unternehmerischen Interesse entspricht in aller Regel der Wille zur konstitutiven Form, da nur diese vollständigen Schutz verspricht.

(3) Erkennbarkeit für Dritte

Der Zweck der Erkennbarkeit für Dritte, dem zumeist der Wille korrespondiert, die Form konstitutiv sein zu lassen[2], wird vom Aufsteller der AGB nur selten verfolgt werden. Eine Ausnahme gilt lediglich für den Fall der Formularmiet- und Pachtverträge, in denen die Formklausel wegen der §§ 566, 571 BGB häufig der Erkennbarkeit des Vertragsinhalts für eventuelle dritte Grundstückserwerber dienen soll[3].

(4) Eindeutige Festlegung der Parteibeziehungen

Die eindeutige Festlegung der Parteibeziehungen schließlich, die zumeist ebenfalls bedeutet, daß die Form über die bloße Beweissicherung[4] hinaus konstitutiv sein, d. h. materielle Inhaltsklarheit[5] herstellen soll, wird häufig dem Willen des Unternehmers entsprechen.

Mit der Feststellung, daß eine Auslegung nach den einseitig vom Aufsteller der AGB verfolgten Zwecken idR zur Annahme einer konstitutiven Formbestimmung führen würde, ist die Frage nach der Funktion der nur pauschal in den Einzelvertrag einbezogenen Schriftformklausel jedoch nicht endgültig beantwortet. Zu prüfen bleibt, ob die Berücksichtigung der für die AGB entwickelten Sondernormen, insbesondere die zur Einbeziehungsvereinbarung geschaffenen Auslegungskriterien, eine differenzierte Beurteilung erfordert.

---

1) vgl. etwa BGH 8. 10. 1969 NJW 1970, 29 ff. (30); LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 1 S. 215, § 12 II, 2 S. 221; RAISER, Das Recht der AGB, S. 236
2) vgl. oben S. 13 f.
3) vgl. oben S. 14
4) vgl. oben S. 15 ff.
5) vgl. oben S. 17 f.

c) Die Einbeziehungsvereinbarung

(1) Rechtsprechung und herrschende Literaturmeinung

Die Rechtsprechung sieht in der besonderen Auslegung der Einbeziehungsvereinbarung ganz überwiegend keinen Anlaß, die nur pauschal einbezogene gegenüber der individuell ausgehandelten Schriftformklausel abzugrenzen. Soweit dies dem Wortlaut der Klausel und den vom Aufsteller der AGB verfolgten Zwecken entspricht, wird fast allgemein angenommen, daß die Form konstitutiven Charakter hat, gleichgültig, ob vor oder bei Vertragsschluß mündliche Abreden getroffen werden[1].

Auch im Schrifttum finden sich bezüglich der einseitig gesetzten, nicht individuell ausgehandelten Formklausel ganz herrschend keine besonderen Stellungnahmen. Dies gilt sowohl für Beiträge, die der gewillkürten Form als solcher gewidmet sind[2], als auch für solche, die sich primär mit der Problematik der Schriftformklausel be-

---

1) RG 23. 11. 1910 JW 1911, 94 Nr. 15; RG 5. 7. 1912 WarnR 1912 Nr. 367; RG 21. 1. 1916 LZ 1916 Sp. 1293 f.; RG 21. 3. 1919 RGZ 95, 175 f.; RG 23. 11. 1942 DR 1943, 587; BGH 16. 3. 1954 MDR 1954, 346 ff.; BGH 20. 2. 1962 NJW 1962, 1908 f.; BGH 27. 3. 1963 LM Nr. 2 zu § 127 BGB; BGH 26. 11. 1964 NJW 1965, 293; BGH 28. 10. 1963 NJW 1964, 244 ff.; BGH 17. 1. 1966 NJW 1966, 826; BGH 29. 6. 1966 NJW 1966, 1705 ff.; BGH 19. 9. 1966 JZ 1967, 287 f.; BGH 20. 2. 1967 WM 1967, 464 ff.; BGH 11. 10. 1967 NJW 1968, 32 f.; BGH 6. 3. 1968 VIII ZR 221/65 Bl. 15, insoweit unveröffentlicht , zitiert nach SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 91; BGH 21. 12. 1970 WM 1971, 217 ff.; BGH 25/27. 11. 1969 WM 1970, 93 ff.; BAG 4. 6. 1963 AP Nr. 1 zu § 127 BGB; BAG 14. 2. 1966 NJW 1967, 751 f.; OLG Dresden 30. 11. 1906 SeuffA 65 Nr. 183; OLG Düsseldorf 28. 7. 1955 NJW 1955, 306 f.; OLG München 20. 3. 1959 BB 1959, 538; OLG Celle 21. 5. 1965 DAR 1965, 211; obiter BGH 8. 10. 1969 NJW 1970, 29 ff.; vgl. auch LG Lübeck 1. 2. 1957 BB 1957, 839; freilich werden über die Konstruktion einer konkludenten Einschränkung des Formumfangs bzw. einer Außerkraftsetzung für den Einzelfall, § 242 BGB oder c.i.c. zumeist Ergebnisse erzielt, nach denen die Schriftformklausel praktisch keine Wirkung hat, vgl. unten S. 49 ff. und S. 58 ff.

2) etwa HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (125 ff.); STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5, 32; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 6, 7; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 12 ff.; LARENZ, AT § 27 I S. 411 ff.; ESSER, SchuR I, § 12 II, S. 89 f.

fassen[1]. Nicht anders ist es, soweit man sich mit den speziellen Problemen der AGB auseinandersetzt[2], selbst in größeren Gesamtdarstellungen des Rechts der AGB fehlen Hinweise auf die Schriftformklausel zumeist völlig[3].
Hieraus läßt sich schließen, daß auch nach der ganz herrschenden Literaturmeinung die Formklausel, soweit sie konstitutive Bedeutung haben soll, von der Einbeziehungsvereinbarung erfaßt, somit zum Inhalt des konkreten Einzelvertrages wird.

(2) Die Ansicht Ludwig RAISERs

Als erster hat Ludwig RAISER[4] auf Aspekte hingewiesen, die zu einer differenzierten Beurteilung der Schriftformklausel in AGB führen, d. h. die Frage aufwerfen, ob die Klausel nach der besonderen Auslegung der Einbeziehungsvereinbarung konstitutiven Charakter haben kann. RAISER bemerkt in diesem Zusammenhang, die Schriftformklausel sei nach dem Willen des Unternehmers zunächst als rechtsbekundend, deklaratorisch, gewollt. An der Vereinbarkeit der nur deklaratorischen Formbestimmung mit der Einbeziehungsvereinbarung sei nicht zu zweifeln: "Diese beweisrechtliche Wirkung anzuerkennen, besteht kein Bedenken."[5]
Darüber hinaus solle die Formklausel jedoch regelmäßig konstitutive Bedeutung haben.

Diese vom Aufsteller der AGB beabsichtigte konstitutive Wirkung setzt RAISER mit

---

1) WASSERTRÜDINGER, Die Verletzung der vereinbarten Vertragsform, JR 1928, 82 ff. (folgend abgekürzt: WASSERTRÜDINGER, JR 1928, 82 ff.); ROQUETTE, DR 1940, 961 ff.; HENRICH, DR 1940, 1268 ff.; OSWALD, ZMR 1960, 198 ff.; SCHUMACHER, Wirksamkeit mündlicher Abreden zwischen Vermieter und Mieter trotz vereinbarter Schriftform, BLGBW 1964, 205 (folgend abgekürzt: SCHUMACHER, BLGBW 1964, 205); KÖTZ, JZ 1967, 288 ff. (Anm. zu BGH 19. 9. 1966); EISNER, NJW 1969, 118 ff. (unklar); BOERGEN, BB 1971, 202 ff. (204).
2) etwa ERMAN-HEFERMEHL, III 4 b vor § 145; LARENZ, SchuR I, § 6 III, S. 67 ff.; ESSER, SchuR I, § 13 S. 91 ff.; GRUNSKY, JurA 1969, S. (ZR) 19 ff.;
3) etwa WEBER, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Eine rechtliche Gesamtdarstellung, Berlin 1967, insbes. Rdz. N 408 ff. (folgend abgekürzt: WEBER, AGB); v. BRUNN, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, Ein Beitrag der Rechtspraxis zur Rationalisierung, 2. Aufl. Köln/Berlin 1956, S. 1 ff.
4) RAISER, Das Recht der AGB, S. 231 ff.
5) RAISER, Das Recht der AGB, S. 235

dem auch damals schon anerkannten[1] Satz, daß bei einem Widerspruch zwischen individuellen Abreden und den AGB erstere vorgehen [2], in Beziehung. Der Vorrang der Individualvereinbarung sei der Auslegung der Einbeziehungsvereinbarung zu entnehmen: "Als Auslegungsregel ... heißt dieser Satz: die Verweisung auf AGB. ist im Zweifel so auszulegen, als enthalte sie die Einschränkung: "soweit wir nichts Abweichendes besonders vereinbart haben"."[3]

Ob dieser Interpretation der Einbeziehungsvereinbarung die Annahme einer konstitutiven Formbestimmung entsprechen kann, wird von RAISER zwar nicht unmittelbar bezweifelt, vielmehr kommt er zu dem Schluß, man werde die Schriftformklausel "regelmäßig" als konstitutive Formvereinbarung "auslegen dürfen"[4].

Wenn RAISER sich aber daraufhin der unten noch darzustellenden Ansicht anschließt, die in jeder mündlich getroffenen Abrede ein Ausnehmen derselben vom Formzwang sehen will[5], so ist bemerkenswert, daß er diese Konstruktion mit Gedanken zum Prinzip des Vorrangs der Individualabreden stützt:

"Die innere Rechtfertigung dieser Konstruktion liegt aber doch in einem der exceptio doli verwandten Gedanken: hat sich der Kunde im Vertrauen auf den Fortbestand des mündlich Vereinbarten auf die AGB. des Unternehmers eingelassen, so genügt eine bloß formularmäßige Klausel dieser AGB. nicht, um den Vorbehalt des Kunden "soweit nichts anderes vereinbart" auf die Seite zu schieben und das mündlich Vereinbarte zu vernichten."[6]

RAISERs Zustimmung bezieht sich also mehr auf das Ergebnis als auf die Konstruktion selbst.

(3) Die Ansicht SCHMIDT-SALZERs

Die bei RAISER bereits anklingenden Zweifel, ob die Auslegung der Einbeziehungsvereinbarung zur Annahme einer konstitutiven Schriftformklausel führen kann, finden

---

1) RAISER, Das Recht der AGB, S. 230
2) vgl. statt aller SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 89 ff. m.zahlr.N.
3) RAISER, Das Recht der AGB, S. 235
4) RAISER, Das Recht der AGB, S. 235
5) vgl. unten S. 51, ff., 59ff.
6) RAISER, Das Recht der AGB, S. 235 f. (Hervorhebungen nicht im Original)

sich - stärker - auch bei SCHMIDT-SALZER[1]. Allerdings ist die Fragestellung SCHMIDT-SALZERs etwas anders:
Gegenstand seiner Ausführungen ist ausschließlich die konstitutive Formklausel; auch bezieht er sich nur auf Fälle, in denen "während der Vorverhandlungen"[2] mündliche Abreden zustandekommen. SCHMIDT-SALZER befaßt sich also nur mit der konkreten Kollision zwischen der vom Aufsteller der AGB als konstitutiv gewollten Schriftformklausel und mündlichen, vor Vertragsschluß getroffenen Abreden.

Nach SCHMIDT-SALZERs Ansicht ist hierbei "entscheidender Ausgangspunkt für die Lösung des Problems ... die Frage nach der rechtlichen Qualifizierung der AGB."[3]

Zwischen den vorgedruckten Vertragsbestimmungen und den Individualabreden bestehe ein funktionelles Rangverhältnis; bei ersteren handele es sich um "bloße Regelungsentwürfe, die sich dem jeweiligen Individualvertrag anpassen sollen"[4], womit zugleich gesagt sei, daß die "Individualabreden vorrangig und daß die AGB nachrangig"[5] seien. Diesem Ergebnis entspreche auch der Inhalt der Einbeziehungsvereinbarung, die in ihren Rechtswirkungen nicht "auf die globale Ingeltungsetzung der AGB beschränkt"[6] sei, sondern über die rechtsbegründende hinaus "auch eine inhaltsbestimmende Funktion"[7] habe.

"Die Parteien handeln die Individualabreden individuell aus und verweisen "im übrigen" auf die AGB, d. h. sie erkennen die AGB als Vertragsbestimmungen an, die die Individualabreden ergänzen sollen."[8]

Es richte sich also "nach dem Inhalt der Individualabreden, ob die in den AGB enthaltenen Klauseln innerhalb des betreffenden Einzelvertrages Rechtswirksamkeit erlangen."[9]

---

1) SCHMIDT-SALZER, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, Schriften zum Wirtschaftsrecht Bd. 4, Berlin/München 1967, S. 176 ff.; ders. NJW 1968, 1257 ff.; ders. NJW-Schriften 11, Rdz. 91
2) SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1259)
3) SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1260)
4) SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 87
5) SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 87
6) SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1260)
7) SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1260)
8) SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 88
9) SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 88

Die herrschende Meinung, nach der die Schriftformklausel auch dann als konstitutive Formbestimmung zum Inhalt des Einzelvertrages wird, wenn vor Vertragsschluß mündliche Abreden getroffen sind, sei mit der Auslegung der Einbeziehungsvereinbarung nicht in Einklang zu bringen. SCHMIDT-SALZER führt dazu aus:

"Diese Argumentation hätte aber zur Folge, daß die in den AGB enthaltene Schriftformklausel einer individuell getroffenen Vereinbarung die Rechtswirksamkeit nimmt, die ihr ohne die Schriftformklausel zukäme und daß sie dem Vertrag mittelbar durch das Formerfordernis einen Inhalt gibt, der im Widerspruch zu der zwischen den Einzelvertragsparteien getroffenen ... Abrede steht. Die Anerkennung der Schriftformklausel würde also mittelbar genau das Ergebnis herbeiführen, das durch die Vorrangigkeit der Individualabreden ausgeschlossen ist."[1)]

"Da aber Klauseln der AGB, die eine Abänderung des mündlich Vereinbarten zur Folge hätten, von der Einbeziehungsvereinbarung nicht erfaßt werden, erlangt die Schriftformklausel keine Wirksamkeit. Sie wird nicht zum Inhalt des Einzelvertrages. ... Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß die in AGB enthaltenen Schriftformklauseln der Wirksamkeit mündlicher Abreden nicht entgegenstehen und infolgedessen praktisch wirkungslos sind."[2)]

(4) Eigene Stellungnahme

Der Schlüssel zur Frage nach der Wirkung der nur pauschal einbezogenen Schriftformklausel liegt, wie SCHMIDT-SALZER richtig erkennt, in der inhaltsbestimmenden Funktion der Einbeziehungsvereinbarung.

Die von ihm gewonnene Erkenntnis, daß eine konstitutive Formbestimmung angesichts mündlicher, vor Vertragsschluß getroffener Vereinbarungen mit dem Vorrang der Individualvereinbarung nicht vereinbar ist, erscheint im Grundsatz billi-

---

1) SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 91

2) SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1260); zustimmend wohl: Gottfried RAISER, ZgesVW 1968, 274 ff. (280); MEDICUS, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 4. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 1971, § 8 S. 67 (folgend abgekürzt: MEDICUS, Bürgerliches Recht); in Ansätzen ferner: BGH 7. 6. 1956 WM 1956, 1056 ff. (Bankauskunft); LG Göttingen 12. 7. 1951 BB 1951, 739; LG Gießen 2. 9. 1959 DAR 1960, 14; BAUR, Erfordert das Kraftfahrzeug als wertvolles Wirtschaftsgut besondere Bestimmungen über Erwerb und Veräußerung?, DAR 1962, 321 ff. (326); vgl. auch EISNER, NJW 1969, 118 ff. (121) (unklar); FLUME, AT 2, § 23, 2 S. 452 (unentschlossen); REINICKE, Rechtsfolgen, S. 158 (unklar).
zum Versicherungsrecht vgl. HAIDINGER, VersR 1960, 593 (Anm. zu BGH 4. 7. 1960) m.w.N.; LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 221 m.w.N.

genswert.

Eine Schriftformklausel konstitutiver Wirkung stünde im Widerspruch zu der vereinbarten Subsidiarität der AGB. Diejenige Partei, welche berechtigterweise auf die mit dem Aufsteller der AGB getroffenen mündlichen Abreden vertraut, sähe sich bei einer Auslegung der Formklausel als konstitutive Formbestimmung einer Umgestaltung[1] der ausgehandelten Vertragsbedingungen ausgesetzt, die mit der (normativ ausgelegt: beidseitig) gewollten Vorrangigkeit der Individualabreden nicht vereinbar wäre.

Warum die ganz herrschende Meinung die besondere Auslegung der Einbeziehungsvereinbarung mit den Rechtsfragen der Schriftformklausel bisher nicht in Verbindung gebracht hat, ist kaum verständlich[2].

Scheint die Meinung SCHMIDT-SALZERs dies auf den ersten Blick konsequent nachzuholen[3], so erweist sich seine Theorie bei näherer Betrachtung jedoch einerseits als zu eng, für den vorliegenden Zusammenhang andererseits als zu weit. Ersteres folgt daraus, daß SCHMIDT-SALZER auf die konkrete Kollision zwischen der Formklausel und mündlichen, vor Vertragsschluß getroffenen Abreden abstellt, was sich aus Gründen der Systematik des Vertragsrechts als unglücklich erweist. Denn werden vor Abschluß des Vertrages keine formlosen Vereinbarungen getroffen, so muß nach SCHMIDT-SALZERs Ansicht die Schriftformklausel mit konstitutiver Wirkung zum Inhalt des Einzelvertrages werden und gegenüber nach Vertragsschluß getroffenen formlosen Abreden eingreifen, was doch nichts anderes bedeuten würde als daß Individualabreden durch die AGB die Wirksamkeit genommen würde!
Dieses Ergebnis, das die Formklausel - soweit bei den Vertragsverhandlungen mündliche Abreden nicht zustandekommen - folglich durchaus nicht "praktisch wirkungslos" sein läßt[4], steht m. E. ebenfalls im Widerspruch zu der Auslegung der

---

1) zum Begriff der Nichtigkeit iSd § 125 Satz 2 BGB vgl. im Einzelnen unten S.
2) ebenso MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 8 IV S. 67
3) so Gottfried RAISER, ZgesVW 1968, 274 ff. (280); vgl. auch MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 8 IV S. 67
4) dies verkennt auch MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 8 IV S. 67

Einbeziehungsvereinbarung, nach der die AGB doch nur ergänzenden Charakter haben sollen. Es ist aber kein Grund ersichtlich, den Vorrang der Individualvereinbarung, ohne Schriftformklausel auch für die Zeit nach Vertragsschluß eine Selbstverständlichkeit[1], insoweit nicht gelten zu lassen. Das Vertrauen des Vertragspartners, der den Inhalt der AGB auch nach Geschäftsabschluß meist nicht kennt, verdient Schutz ebenso wie bei Abreden vor Vertragsschluß.

M. E. ist daher, unabhängig von einer Kollision der Formklausel mit vor Abschluß getroffenen mündlichen Abreden, davon auszugehen, daß eine konstitutive Formklausel nach ihrer Natur , d. h. der in ihr enthaltenen Regelung, mit der Einbeziehungsvereinbarung nicht vereinbar wäre[2], der Auslegung der Parteivereinbarungen also nicht entspricht.

Dieses Ergebnis stimmt mit dem Grundsatz von Treu und Glauben, der gemäß § 157 BGB iRd Auslegung zu berücksichtigen ist, überein. Die konstitutive Form ist in ihrem Kern nichts anderes als ein aus übergeordneten Gesichtspunkten (den Formzwecken) für irrelevant erklärtes venire contra factum proprium. Die Grundsätze der Billigkeit sind dabei nur dann gewahrt, wenn die Schriftformklausel durch eine be-

---

1) ohne Schriftformklausel ist jede spätere mündl. Abrede als einfache Änderung des Vertrages, also auch der AGB, ohne weiteres wirksam. Wohl dieser Normalfall war es, den L. RAISER (Das Recht der AGB, S. 231) meinte, als er schrieb, der Vorbehalt laute "soweit wir nichts Abweichendes vereinbart haben", und nicht, "soweit wir nichts Abweichendes vereinbaren".

2) Der Gedanke, daß - auch ohne konkreten Widerspruch zwischen AGB und Individualvereinbarung - u. U. nicht alle Klauseln in der vom Aufsteller gewollten Wirkung von der Einbeziehungsvereinbarung erfaßt werden, ist nicht neu; so hat man gelegentlich eine mittelbare Inhaltskontrolle der AGB dadurch herbeigeführt, daß man annahm, die Einbeziehungsvereinbarung beziehe sich nicht auf unangemessene Klauseln, mit denen der Kunde billigerweise nicht rechnen kann, vgl. etwa RG 25. 3. 1936 JW 1936, 2093 f.; BGH 8. 3. 1955 BGHZ 17, 1 ff. (3); BGH 29. 10. 1962 BGHZ 38, 183 ff.; HILDEBRANDT, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 143, 326 ff. (328); KRAUSE, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, BB 1955, 265 ff. (266); ERMAN-HEFERMEHL, III 4 b vor § 145; dagegen etwa RAISER, Das Recht der AGB, S. 176 f.; Bedenken auch bei WEBER, AGB, Rdz. N 289 ff.; allgemein hat sich diese Konstruktion jedoch, wohl wegen der Erkenntnis, daß hinter dieser Heranziehung subjektiver Kriterien - anders als beim Vorrang der Individualvereinbarung - materiell doch objektive Maßstäbe stehen, nicht durchgesetzt. Für diesen Weg neuerdings GRUNSKY, JurA 1969 S. (ZR) 19 ff. (23); Versuche in dieser Richtung auch bei SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 94 ff.

wußte Einwilligung in ihre Rechtsfolgen legitimiert ist. Wird die Klausel jedoch unter Verzicht auf die Herbeiführung einer individuellen Einigung einseitig, d. h. meist nicht einmal in Kenntnis der Gegenpartei, in den Einzelvertrag eingeführt, so fehlt es an einer solchen Einwilligung des Kunden. Dem Aufsteller der AGB würden im Ergebnis die Vorteile, der Gegenpartei die Nachteile der Regelung verbleiben[1]. Nicht die abstrakte Natur der konstitutiven Formklausel erscheint unbillig[2], der Verstoß gegen Treu und Glauben liegt vielmehr in der Art der (versuchten) Einführung in den Einzelvertrag.

Will der Unternehmer - verständlicherweise - auf die konstitutive Formklausel nicht verzichten, so mag er sie mit dem Kunden individuell vereinbaren, wobei wegen der Vermutung, daß AGB nicht individuell ausgehandelt wurden[3] zu empfehlen ist, den Kunden, wie im amerikanischen Recht üblich[4], die Schriftformklausel gesondert unterschreiben zu lassen.

Zu weit geht die Lehre von SCHMIDT-SALZER, wenn er die nur pauschal einbezogene Schriftformklausel für gänzlich wirkungslos erklärt, was offenbar daran liegt, daß er sein Augenmerk allein auf die konstitutive Wirkung der Klausel richtet. Wenn die Schriftformklausel nach der Auslegung der Einbeziehungsvereinbarung nicht konstitutiver Wirkung sein kann, so bedeutet dies noch nicht, daß sie völlig ohne Wirkung ist. Die beweissichernde, deklaratorische Funktion der Klausel ist, da dem Vorbehalt "soweit wir nichts anderes vereinbaren" nicht widersprechend, mit der Einbeziehungsvereinbarung durchaus in Einklang zu bringen - wie schon RAISER mit Recht hervorgehoben hatte.

Dies führt zu dem Ergebnis, daß die Schriftformklausel, soweit lediglich Teil Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die aufgrund einer globalen Einbeziehungsvereinbarung zum Inhalt des Einzelvertrages werden, nur als deklaratorische Formverein-

---

1) gelegentliche "Pannen", in denen sich die Formklausel zuungunsten des Unternehmers auswirkt, ändern daran im Grundsatz nichts.
2) insoweit richtig das LG Lübeck 1. 2. 1957 BB 1957, 839, das der Ansicht ist, die Formklausel sei "für die Vertragsklarheit nur wünschenswert"
3) vgl. oben S. 10 Fußn. 1
4) Nachweise bei EISNER, NJW 1969, 118 ff. (120, Fußn. 26; 121, Fußn. 34)

barung wirksam wird[1].

5) Ergebnis

Ist die Schriftformklausel Gegenstand einer individuell ausgehandelten Vereinbarung, so ergibt die Auslegung der Parteivereinbarungen in aller Regel, daß die Form konstitutiv, d. h. Wirksamkeitsvoraussetzung mündlicher Abreden sein soll.

Erlangt die Formklausel jedoch nur im Wege einer pauschalen Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) Geltung im Einzelvertrag, so hat sie nur rechtsbekundenden, deklaratorischen Charakter.

---

1) Die Nichteinbeziehung der konstitutiven Schriftformklausel in den Einzelvertrag löst keinen Dissens aus, wie ESSER (SchuR I, § 13 III, 1 S. 94) dies offenbar für Konstruktionen der hier vertretenen Art annimmt. Ein offener Dissens (§ 154 Abs. 1 BGB) liegt nicht vor, da der Unternehmer gerade nicht klarmacht, daß über eine Formklausel konstitutiver Wirkung eine Vereinbarung herbeigeführt werden soll; der bloße vorbereitende Regelungsentwurf der AGB (vgl. SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 87) reicht hierzu nicht aus, auch dann nicht, wenn der Wortlaut der Klausel für die konst. Form spricht.
Ein versteckter Dissens (§ 155 BGB) scheidet mangels Inkongruenz der Erklärungen (vgl. MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 6 I, 3 S. 43) ebenfalls aus.
Schwieriger ist das Problem, ob ein Inhaltsirrtum iSd § 119 I, 1 BGB vorliegt (vgl. ESSER aaO.). Die Anfechtung ist nicht etwa wegen eines unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtums (hierzu ENNECERUS-NIPPERDEY, § 167 IV, 5 S. 1041; LARENZ, AT § 26 II S. 379) ausgeschlossen, da der Aufsteller nicht über die vom objektiven Recht an seine Erklärung geknüpften Nebenfolgen, sondern über die Rechtsfolgen irrt, auf deren Herbeiführung seine Erklärung unmittelbar gerichtet ist (vgl. LARENZ, AT § 26 II S. 379). Bleibt, falls psychische Kausalität geltendgemacht wird, die Frage, ob die Anfechtung an dem herrschend wertfrei verstandenen Merkmal der "verständigen Würdigung" (vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, § 169 I, 1 S. 1050) scheitert, die Inkongruenz von Wille und Erklärung als unwesentlich (vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, § 169 I, 1 S. 1050) anzusehen ist. Falls man das verneint, bleibt der Ausweg, der "verständigen Würdigung" trotz § 122 BGB Aspekte der Redlichkeit zu implizieren und dem Unternehmer deshalb die Anfechtung zu versagen. Eine Lösung kann hier jedoch nur angedeutet werden.

3. Abschnitt: Die deklaratorische Schriftform

Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen ist die Schriftformklausel nur deklaratorischer Funktion, die, soweit individuell vereinbart, nur selten[1], als Teil nur pauschal einbezogener Allgemeiner Geschäftsbedingungen jedoch, wie ausgeführt, ausschließlich der Auslegung der Parteivereinbarungen entspricht[2].

I. Der Umfang der vereinbarten Schriftform

Ungeachtet des zumeist allumfassenden Wortlauts der Schriftformklausel bedarf doch die Frage nach dem Umfang der vereinbarten Form einer differenzierten Untersuchung.

1) Grundsatz: Extensive Auslegung

Zwar wird man als Grenze der Formvereinbarung zunächst in aller Regel den Vertrag selbst anzusehen haben; vorbehaltlich eines anderen Auslegungsergebnisses im Einzelfall dürfte die Formklausel daher selbständige, in ihrem Bestand vom Hauptvertrag unabhängige Nebenverträge nicht erfassen[3].
Innerhalb dieses Bereiches jedoch entspricht es dem in der Formbestimmung geäußerten Willen der Parteien zu möglichst umfassender Förmlichkeit des Vertrages, die in der Schriftformklausel gewählten Bezeichnungen wie "Abreden", "Zusagen", Ergänzungen" oder "Abänderungen" grundsätzlich extensiv auszulegen. Als formbedürftig anzusehen sind daher grundsätzlich alle rechtlich relevanten Willensäußerungen , die zum Inhalt des Vertrages werden sollen, gleichgültig, ob essentialia oder nur accidentalia negotii betreffend.

Mit dem Grundsatz der extensiven Auslegung dürfte die Ansicht des BGH[4], die Aus-

---

1) vgl. oben S. 9 ff.
2) vgl. oben S. 18 ff.
3) so auch bei der gesetzlichen Form, vgl. etwa SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1257) m.w.N.
4) BGH 20. 5. 1958 LM Nr. 1 zu § 127 BGB (zur konst. Form). Die Klausel in dem entschiedenen Fall lautete: "Mündliche Nebenabreden und nachträgliche Vertragsänderungen haben nur Gültigkeit, wenn sie vom Verkäufer schriftlich bestätigt werden."

legung der Schriftformklausel ergebe nach "allgemeinem Sprachgebrauch", daß formbedürftig nur Rechtsgeschäftselemente seien, "die der Mitwirkung beider [1] Parteien" bedürfen, unvereinbar sein. Auch einseitige Erklärungen werden daher vom Umfang der vereinbarten Form erfaßt[2].

Soweit die Formklausel nicht ausdrücklich nur Vertrags änderungen der Schriftform unterwirft, wird auch anzunehmen sein, daß sowohl der Zeitraum vor als auch nach Vertragsschluß gemeint ist.

Formbedürftig ist im Zweifel ebenso die einen alten Vertrag lediglich ablösende Neufassung[3], wie die gänzliche Aufhebung des Vertragsverhältnisses[4].

Rechtlich irrelevant, somit nicht der vereinbarten Form unterliegend, ist ein von den förmlichen Bestimmungen abweichendes Verhalten, in dem nur ein unverbindliches Entgegenkommen ohne rechtliche Konsequenzen für die Zukunft zu sehen ist[5].

2) Ausnahme: Die Natur der Abrede

Der Grundsatz der extensiven Auslegung dürfte nicht ohne Ausnahmen sein, die sich aus dem Zweck der konkreten Formbestimmung ergeben. Obwohl der Formzweck als wesentliches Kriterium für die Rechtsfolgen einer gewillkürten Formbestimmung allgemein anerkannt ist[6], wird doch weithin übersehen, daß hier der mögliche Ansatzpunkt einer einschränkenden Auslegung im Hinblick auf den Umfang der Form liegt.

Die Form ist Mittel zur Erreichung der verfolgten Zwecke, nicht Selbstzweck. Nicht dem Umfang der vereinbarten Form unterliegen im Zweifel daher Abreden, die nach ihrer Natur , d.h. der in ihnen enthaltenen Regelung, vom konkreten Formzweck nicht erfaßt werden.

---

1) Hervorhebung nicht im Original
2) anders BGH 27. 3. 1963 LM Nr. 2 zu § 127 BGB, wonach etwa Zusagen iSd § 459 BGB durchaus vom Geltungsbereich der Schriftformklausel erfaßt werden
3) ebenso LAG Baden-Württemberg 16. 12. 1970 Betr. 1971, 531 f. (532). Das LAG ist zu Recht der Ansicht, was für Nachträge gelte, müsse erst recht für eine Neufassung gelten.
4) ebenso LG Mannheim 14. 10. 1970 MDR 1971, 304
5) vgl. RG 23. 11. 1942 DR 1943, 487 f. mit zust. Anm. von ROQUETTE; STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5 a; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 15
6) vgl. die Nachweise oben S. 11 Fußn. 4

Werden mehrere Formzwecke gleichzeitig verfolgt (Zweckkonkurrenz), und überwiegt einer der Zwecke eindeutig, so ist dieser Maßstab des Formumfangs. Ist eine solche Dominanz nicht feststellbar, so sind alle Formzwecke gleichmäßig zu berücksichtigen.

Da neben dem konkreten Zweck der Form ihr abstrakter Zweck der Rechtssicherheit[1], die Überschaubarkeit der Wirkung der gesetzten Regelung, zu berücksichtigen ist, sind Einschränkungen des Formumfangs mit dem Kriterium des konkreten Formzwecks nur in zweifelsfreien Fällen anzunehmen.

Auch abgesehen von dieser Zurückhaltung sind Einschränkungen unter Zuhilfenahme des Formzwecks bei der nur deklaratorischen Form[2] selten, wie sich anhand der einzelnen, mit der nur rechtsbekundenden Formklausel verfolgten Zwecke unschwer zeigen läßt.

a) Schutz vor Eigenmächtigkeiten der Hilfspersonen

Wird - wie häufig in AGB - mit der Schriftformklausel der Schutz vor Eigenmächtigkeiten der eingesetzten Hilfspersonen bezweckt[3], so dürfte die Berücksichtigung des Formzwecks zu keinen Ausnahmen im Hinblick auf den Umfang der Form führen. Das Organisationsinteresse des Unternehmers, die vorbereitete einseitige Ausgestaltung und Typisierung der Rechtsgeschäfte zu sichern, wird idR sämtliche Elemente der Verträge erfassen.

b) Erkennbarkeit für Dritte

Ist dagegen der mit der nur deklaratorischen Form verfolgte Zweck ausnahmsweise[4] die Erkennbarkeit für Dritte, so wird man annehmen können, daß nur die Abreden der Form unterliegen, an deren Kenntnis das Drittinteresse besteht. Nicht vom Umfang der Form erfaßt werden daher Vereinbarungen, die im Hinblick auf das Inter-

---

1) zum Problem des konkreten und abstrakten Zwecks vgl. ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 4. Aufl. 1968, Kap. IV, S. 80 (folgend abgekürzt: ENGISCH, Einführung)
2) zur konstitutiven Form vgl. unten S. 46 ff.
3) vgl. oben S. 19 f.
4) vgl. oben S. 14, 20

esse des oder der Dritten als unwesentlich erscheinen, was einer sorgfältigen Prüfung der Einzelfallumstände bedarf.

c) Eindeutige Festlegung der Parteibeziehungen - Beweissicherung

Besteht der Zweck der nur deklaratorischen Form jedoch - wie zumeist - in der eindeutigen Festlegung der Parteibeziehungen, d. h. hier der Beweissicherung[1], so werden sämtliche Abreden vom Umfang der Form erfaßt. Das Interesse der Parteien an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden läßt Ausnahmen nicht zu.

II. Die Wirkung der Vereinbarung deklaratorischer Schriftform[2]

1) Wirksamkeit mündlicher Abreden

Da die nur deklaratorische Schriftform nicht Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern lediglich äußeres Zeichen, Verlautbarungsmittel mündlicher Abreden ist, sind solche

---

1) vgl. oben S. 14 f., 20

2) Die Frage, ob und wann in einer mündlichen, bei den Vorverhandlungen getroffenen Abrede die stillschweigende Einschränkung des Formumfangs gesehen werden kann, erlangt bei der nur deklaratorischen - anders bei der konstitutiven - Form keine besondere Bedeutung. Denn auch eine solche Vereinbarung, einzelne Abreden vom Formzwang auszunehmen, dürfte als mündliche Abrede im Streitfall den durch die Formklausel entstehenden, erhöhten Beweisanforderungen (vgl. unten S. 34 ff.) unterliegen (anders hieße die Einschränkung bereits voraussetzen), und wird den Parteien folglich, da für sie nicht vorteilhaft, nicht sinnvoll erscheinen. Die Fragen der konkludenten Einschränkung des Umfangs der vereinbarten Form werden daher unten bei der konstitutiven Form behandelt (vgl. unten S.

Auch das Problem, ob bzw. unter welchen Umständen in einer späteren mündlichen Änderung des Vertrages die Aufhebung der Formklausel für den Einzelfall zu sehen ist, wird bei der nur deklaratorischen Form nicht bedeutsam, da eine solche partielle Beseitigung der geschaffenen Selbstbindung - die ebenso wie jede andere formlose Abrede erschwert beweisbar (vgl. unten S. wäre - für die Parteien ohne Vorteil ist. Auch diesbezüglich ist daher auf die Ausführungen zur konstitutiven Form zu verweisen.

Abreden trotz Verletzung der vereinbarten Schriftform wirksam [1].

2) Die Beweislage

Entscheidende Frage bei der Wirkung der nur deklaratorischen Form[2] ist es, welche Beweislage sich durch die Schriftformklausel ergibt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen schriftlichem und mündlichem Abschluß des Vertrages.

---

1) allgemeine Meinung, vgl. statt aller ENNECERUS-NIPPERDEY, § 157 I, S. 971; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 12; LARENZ, AT § 27, S. 41 ff.

2) Erwähnt sei jedoch noch ein Problem, das bei gesetzlichen ebenso wie bei gewillkürten Formvorschriften auftaucht:
Eine gewisse Einschränkung der Wirkung der Formbestimmung ergibt sich aus den Grundsätzen der Auslegung der formgerecht fixierten Vertragsbestimmungen: Die Mehrdeutigkeit oder Widersprüchlichkeit der Urkunde kann Anlaß dazu sein, bei der notwendigen Auslegung alle Umstände, auch mündliche Abreden, heranzuziehen (vgl. RG 13. 10. 1932 RGZ 138, 52 ff. (54); RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 34; LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II S. 218 m.w.N.; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 9 m.w.N.; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 2 m.w.N.) Grenze der Auslegung ist dabei nach h. M. der Wortsinn, der weder ergänzt noch berichtigt werden darf (vgl. etwa RG 19. 10. 1910 Recht 1910 Nr. 3532; RG 13. 6. 1925 JW 1925, 2237 Nr. 10; weitere Nachweise bei LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II S. 215 ff.)
Während also der Akzent überwiegend auf die mögliche Verbindung des Auslegungsergebnisses zum allgemeinen Sprachgebrauch gelegt wird, sollte man die Zulässigkeit der Auslegung stärker an dem Zweck der Form messen (in diesem Sinne auch LARENZ, AT § 25 S. 347; LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 1 S. 215 ff.). Gegenüber Formulierungen, das Ergebnis der Auslegung müsse in den gebrauchten Worten "irgendwie" zu finden sein (vgl. RG 18. 6. 1917 RGZ 90, 368 ff. (371); RG 24. 5. 1911 RGZ 76, 303 ff. (306); vgl. auch STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 6 a), "irgendeinen, wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck" gefunden haben (in diesem Sinne RG 22. 4. 1920 RGZ 99, 83 ff. (85); RG 22. 10. 1934 RGZ 145, 229 ff. (232); BGH 28. 9. 1957 BGHZ 26, 143 ff. (146); ENNECERUS-NIPPERDEY, § 205 I, 4 S. 1251; § 206 IV S. 1264 m.w.N.), wird man daher zurückhaltend sein müssen. Die Limitierung der Heranziehung außerurkundlicher Umstände entspricht dem Zweck der Beweissicherung; eine allzu freimütige Ausweitung des Auslegungsmaterials würde die gewollte Beschränkung des Auslegungsgegenstandes unterlaufen.

a) schriftlicher Vertragsschluß

Bei der Untersuchung der durch die deklaratorische Formklausel entstehenden Beweislage empfiehlt es sich, durch eine Vorprüfung zu ermitteln, welche Beweislage bei zwar schriftlichem Abschluß, jedoch ohne Schriftformklausel, besteht.

Die über schriftlich abgeschlossene Verträge aufgenommenen Urkunden haben die tatsächliche Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich[1]. Nach der Lebenserfahrung ist anzunehmen, daß bei Errichtung eines schriftlichen Vertrages der Parteiwille zu Tage tritt, die getroffenen Vereinbarungen richtig und vollständig in der Form zu fixieren. Die Vermutung dürfte zwar nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses beschränkt[2], für die Zeit nachher aber weniger stark sein. Sie ist widerlegbar [3]. Hierzu muß dargetan werden, daß mündliche Abreden getroffen wurden, die neben den förmlichen Bestimmungen wirksam sein sollten. Nicht notwendig ist darüber hinaus der Nachweis besonderer Umstände, warum die fragliche Abrede nicht Eingang in die Urkunde gefunden hat[4].

Inwieweit nun wird die Beweislage durch die Schriftformklausel modifiziert? Hierzu finden sich nur wenige Stellungnahmen; die vertretenen Meinungen sind geteilt.

(1) Das Landgericht Hamburg[5] hat angesichts der Klausel "Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen"[6] die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für unwiderlegbar erklärt[7]. Es begründet seine Ansicht wie folgt:

---

1) RG 13. 6. 1902 RGZ 52, 23 ff. (25); RG 4. 2. 1908 RGZ 68, 15 f. (15); RG 15. 11. 1911 RGZ 77, 403 ff. (405); RG 15. 10. 1914 RGZ 85, 322 ff. (326); RG 4. 7. 1916 RGZ 88, 370; KG 23. 3. 1970 NJW 1970, 951 f. (952); OLG Karlsruhe 6. 10. 1970 BB 1971, 198 f. (198); ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 1 S. 957; STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 8; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 10

2) so offenbar RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 33

3) vgl. die oben Fußn. 1 Genannten

4) RG 13. 6. 1902 RGZ 52, 23 ff. (25 f.); RG 11. 12. 1911 JW 1912, 237 ff. (238); RG 27. 2. 1915 JW 1915, 506; FLUME, AT 2 § 15 III, 1 S. 263; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 11; ERMAN-WESTERMANN, Anm. 7 vor § 125; differenzierend RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 37 m.w.N.

5) Urteil vom 24. 6. 1966 MDR 1967, 594

6) zu dieser Klausel vgl. oben S. 6

7) ebenso OLG Karlsruhe 6. 10. 1970 BB 1971, 198 f.

"Nur wenn man § 12 Abs 3 S 1 entsprechend seinem Wortlaut in diesem Sinne auffaßt, trägt man dem wirtschaftlichen Zweck dieser Bestimmung Rechnung. § 12 Abs 3 S 1 des Mietvertrages soll nämlich erkennbar im Interesse beider Mietvertragsparteien verhindern, daß über Art und Umfang der bei Vertragsschluß begründeten Rechte und Pflichten Unklarheiten und Streitigkeiten entstehen können. Gerade die Berufung auf angebliche vor Vertragsschluß getroffene mündliche Nebenabreden ist aber erfahrungsgemäß eine besonders häufige Quelle von Differenzen zwischen Vermieter und Mieter. ... Da die Parteien das Ergebnis ihrer mündlich getroffenen Abmachungen ohnehin schriftlich niederlegen müssen, kann auch vorausgesetzt werden, daß dies vollständig geschieht. Auf die Notwendigkeit einer vollständigen Niederlegung werden die Parteien überdies durch die Klausel ... besonders nachdrücklich hingewiesen. Eine Partei, die es unterläßt in einer derartigen Situation auf vollständige schriftliche Fixierung zu dringen, verdient keinen Schutz."

(2) Dagegen ist KÖTZ[1] der Auffassung, der Beweiszweck beinhalte das Bestreben der Parteien, zu vermeiden, "daß in einem etwaigen künftigen Rechtsstreit Zweifel über den Inhalt ihrer Abmachungen durch das notorisch unzuverlässige Beweismittel der Zeugenvernehmung ausgeräumt werden müssen"[2]. Er fährt fort:

"Hier ist nach dem durch Auslegung ermittelten Sinn der Schriftformklausel im Prozeß nur der Urkundenbeweis zugelassen; Zeugen darf das Gericht nicht vernehmen. In dieser Auslegung stellt sich die Schriftformklausel in ihren prozessualen Auswirkungen als vertragliche Ausschließung des Zeugenbeweises dar."[3]

(3) Ludwig RAISER[4] und FLUME[5] schließlich nehmen ohne nähere Begründung an, die Vermutung der Richtig- und Vollständigkeit werde durch die Schriftformklausel verstärkt [6].

FLUME fügt jedoch einschränkend hinzu: "Bei Formularverträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist der Klausel jedoch diese Wirkung ... nicht zuzuerkennen."

(4) Kritische Stellungnahme

(aa) Einzeln ausgehandelte Schriftformklausel

Die vom Landgericht Hamburg angestrebte Lösung, mit der im anglo-amerikanischen

---

1) KÖTZ, JZ 1967, 288 ff. (Anm. zu BGH 19. 9. 1966)
2) KÖTZ, aaO., S. 288
3) KÖTZ, aaO., S. 289
4) RAISER, Das Recht der AGB, S. 235
5) FLUME, AT 2 § 15 III, 2 S. 266
6) differenzierend LÜDERITZ, Auslegung § 12 II, 2 S. 221 f.

Recht anerkannten parol evidence rule[1] vergleichbar, stößt auf Bedenken:

Die rechtsgeschäftliche Form als vollzogene Umsetzung rechtlich relevanter Gehalte in besonders geartete Mittel der Kommunikation befindet sich häufig in einem Spannungsverhältnis zu den Parteivereinbarungen. Dieses Spannungsverhältnis entsteht dann, wenn infolge menschlichen Versagens der Beteiligten die getroffenen Abreden unrichtig oder unvollständig in der Form fixiert werden. Da auch Auslegung[2] nur selten Abhilfe schafft, erscheint es nicht ratsam, die Vorteile der Schriftform allzuhoch einzuschätzen[3] [4].

Darüber hinaus wäre eine Lösung einseitig zugunsten der Form bei aller damit verbundenen Klarheit ein Entschluß zu bedenklicher Unelastizität, könnte doch selbst indirekter schriftlicher Beweis, dem im Einzelfall hohe Beweiskraft zukommen kann, nicht berücksichtigt werden, ja sogar einer unbestrittenen Abrede müßte die Anerkennung versagt werden.

Auch dem späteren Parteiverhalten (etwa der Erfüllung), das gewichtiges Indiz für die Existenz einer mündlichen Abrede sein kann, würde nicht Rechnung getragen werden können. In Extremfällen, wenn z. B. in einer OHG widerspruchslos mehr als zwanzig Jahre lang der Gewinn nach einem von den förmlichen Bestimmungen abweichenden Schlüssel verteilt wird, kann aber durch andere beweisbare Umstände, wie der BGH[5] zu Recht ausgeführt hat, der Beweiswert der Urkunde vollständig entfallen.

Entscheidend ist jedoch ein dritter Aspekt, der besonders verdeutlicht, wie wenig die spröde Schematisierung der unwiderlegbaren Vermutung (praesumtio iuris et de iure) dem Willen der Parteien entsprechen dürfte.

Die nur deklaratorische Schriftform ist Ausdruck des Parteiwillens, mündliche Abreden wirksam sein zu lassen, d. h. eine gegenüber der konstitutiven Form weni-

---

1) hierzu LÜDERITZ, Auslegung, § 11 I, 3 S. 111 ff., § 11 XI, 2 S. 172 ff.; EISNER, NJW 1969, 118 ff. (120)

2) vgl. oben S. 34 Fußn. 2

3) ebenso HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (95); zu den Vor- und Nachteilen der Form vgl. insbesondere die Verhandlungen des 10. deutschen Juristentages, Bd. 1, Gutachten, Berlin 1872. Damals wurden bereits alle Aspekte zum Für und Wider der Form diskutiert.

4) auch die parol evidence rule ist heute in gewissem Umfang aufgeweicht, vgl. Lüderitz, Auslegung, § 11 VI S. 145 ff., XI, 2 S. 173 m.w.N.

5) vgl. BGH 17. 1. 1966 MDR 1966, 401

ger weitreichende Regelung zu setzen. Die Wirkung einer unwiderlegbaren Vermutung, ihrer Rechtsnatur nach nichts anderes als eine Fiktion [1], ginge jedoch zumindest praktisch weit über die der konstitutiven Schriftformklausel hinaus. Zunächst wäre ebenso wie bei der konstitutiven Form die Erfüllung gemäß der formwidrigen Abrede dem Anstand der Parteien überlassen. Darüber hinaus kann eine Fiktion lediglich generalisierend, jedoch nicht nach besonderen Umständen des Einzelfalls eingeschränkt werden, während dies bei der Unwirksamkeit iSd § 125 Satz 2 BGB durchaus möglich ist[2]. Schließlich wäre bei einer unwiderleglichen Vermutung auch die Geltendmachung einer mündlichen Abrede im weiteren Sinne, etwa bezüglich eventueller Schadensersatzansprüche etc., im Gegensatz zur Rechtslage bei der konstitutiven Form ausgeschlossen.
Nach allem dürfte die Annahme einer unwiderlegbaren Vermutung dem Willen der Parteien nicht entsprechen, zudem mit § 125 Satz 2 BGB, wonach nur im Zweifel Unwirksamkeit vorliegt, nicht vereinbar sein[3].

Einer Prüfung bedarf ferner die von KÖTZ vertretene Ansicht, die Schriftformklausel enthalte die Vereinbarung, der Zeugenbeweis solle ausgeschlossen sein; das Ergebnis wäre eine dem französischen Recht weitgehend entsprechende Regelung[4].

Derartige Beweisverträge, die lange Zeit unter dem Einfluß BÜLOWs[5] als unzu-

---

1) vgl. ESSER, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1969, S. 50 ff.; LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 1969, S. 203 Fußn. 2 (folgend abgekürzt: LARENZ, Methodenlehre)
2) dazu unten S. 96 ff.
3) vgl. auch LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 219: "Das deutsche Recht verzichtet ... insoweit auf jede Schematisierung."
4) vgl. die §§ 1341 ff. code civil und dazu FERID, Das Französische Zivilrecht, Erster Band, Allgemeine Lehren, Recht der Schuldverhältnisse, Frankfurt a.M./Berlin 1971, § 11 IV S. 282 ff.
5) BÜLOW, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64, 1 ff (63). BÜLOW führte zu seiner ablehnenden Ansicht aus, unzulässig sei es, "sich privatim ein Stück zukünftiger eigener Prozeßordnung" zu "schaffen und durch einen solchen Privatgesetzgebungsakt dem Prozeßrichter bindende Regeln für sein Verfahren" vorzuschreiben, ihn dazu zu "nötigen, daß er sich insoweit über die ihm vom Staat ... gegebenen Vorschriften hinwegsetze."

lässig angesehen wurden[1], werden heute nach h. M. für wirksam gehalten[2].

Ansatzpunkt kann nicht die abstrakte Abwägung der Vor- und Nachteile eines Zeugenausschlusses[3], sondern die Auslegung der Schriftformklausel nach den §§ 133, 157 BGB sein.

Sind sich die Parteien über eine derartige Bedeutung der Formklausel einig, so scheidet weitere Auslegung aus; die übereinstimmend gemeinte Bedeutung ist maßgeblich[4].

Wenn jedoch nur einer der Beteiligten bei Vereinbarung der Schriftformklausel beabsichtigte, mit dieser den Zeugenbeweis auszuschließen, so muß durch Auslegung der objektive, normative Sinn der Erklärung ermittelt, d. h. die Frage beantwortet werden, ob sich die Gegenseite eine derartige Beweisvereinbarung zurechnen

---

1) vgl. BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963, § 71 II S. 358 m.w.N.

2) vgl. STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, Zivilprozeßordnung, Bd. I, 18. Aufl. Tübingen 1953, § 282 Anm. VII; ROSENBERG-SCHWAB, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. München 1969, § 113 VI, 3 S. 566; BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS, Zivilprozeßordnung, 30. Aufl. München 1970, § 282 Anm. 3 b; BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, § 71 II S. 358; grundlegend RG 23. 5. 1919 RGZ 96, 57 ff. (59): "Benennung und Produktion von Beweismitteln unterliegt im Zivilprozeß, anders als im Strafprozeß, der Verfügung der Parteien, und es ist nicht einzusehen, warum sie hierüber dann nicht verpflichtende Vereinbarungen treffen können."

3) hierzu etwa HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (95 f.); Schon der 5. deutsche Juristentag 1864 beschäftigte sich iRd gestellten Frage, ob es für das deutsche bürgerliche Verfahren geboten oder auch nur zweckmäßig sei, die Zulässigkeit des Zeugenbeweises auf Rechtsgeschäfte von verhältnismäßig geringem Umfang zu beschränken, mit den Vor- und Nachteilen einer solchen Regelung. Von den drei Gutachtern plädierte HAASS (vgl. Verhandlungen des 5. dtsch. Juristentages Bd. 1, S. 62 ff.) dafür, eine derartige Regel für das deutsche Recht zwar nicht für notwendig, aber doch für zweckmäßig zu erklären. Dagegen sprachen sich HINSCHIUS (Bd. 1, S. 166 ff.) und PREIZENACH (Bd. 2 S. 11 ff.) in ihren Gutachten gegen einen Zeugenausschluß aus.
Sowohl Notwendigkeit als auch Zweckmäßigkeit wurden in der abschließenden Abstimmung verneint. Zum Für und Wider, das zeigt, daß auch damals die Fragwürdigkeit des Beweiswertes einerseits vertraglicher Urkunden, andererseits der Zeugenaussage nicht unbekannt war, vgl. ferner HIERSEMENZEL, Bd. 2 S. 232 ff.

4) vgl. etwa LARENZ, AT § 25 II S. 341; FLUME, AT 2 § 16 I S. 299; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 133 Rdz. 11; PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 133 Anm. 3

lassen muß.

LARENZ schreibt zum Problem der Auslegung[1]:

"Die rechtlich maßgebliche Erklärungsbedeutung ist die Bedeutung, die ein redlich denkender, verständiger Verkehrsteilnehmer in der Lage des Empfängers zum Zeitpunkt des Empfanges der Erklärung unter Berücksichtigung der dem Empfänger bekannten oder doch erkennbaren Umstände als die vom Erklärenden gemeinte Bedeutung erkennen konnte und mußte."

Angesichts der diesbezüglich entwickelten, zahlreichen Einzelkriterien[2] wird einerseits deutlich, daß die vorliegende Frage, da im Einzelfall jeweils von neuem zu stellen, eine allgemeinverbindliche Antwort nicht finden kann. Andererseits ist m. E. doch nicht zu verkennen, daß die normative Auslegung in aller Regel nicht zu der Annahme eines die Zulässigkeit der Zeugenvernehmung ausschliessenden Beweisvertrages führen wird.

Der Wortlaut der Schriftformklausel vermag die von KÖTZ vertretene Ansicht, daß die Parteien den Zeugenbeweis ausschließen wollten, nicht zu stützen; in Formulierungen wie "Nebenabreden bedürfen der Schriftform" findet sich kein diesbezüglicher Anhaltspunkt, sie sind indifferent.

Nicht anders die teleologische Auslegung:

Als allgemeine Absicht der Parteien kann es angesehen werden, vermittels der Schriftformklausel die Beweislage zu stärken. Ergibt sich hieraus aber schon der Wille, die Vernehmung von Zeugen für unzulässig zu erklären?

Zwar ist der Zeugenbeweis in Juristenkreisen als fragwürdig bekannt, als schlechthin untauglich hat er sich jedoch nicht erwiesen - wie seine unveränderte Zulassung in der Zivilprozeßordnung verdeutlicht. Korrektiv ist eben die Möglichkeit der richterlichen Beurteilung des Wertes einer Aussage, der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

---

1) LARENZ, Methodenlehre, S. 284

2) etwa der "allgemeine Sprachgebrauch, die verkehrsübliche Bedeutung eines Ausdrucks, das Verständnis eines durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers" (LARENZ, AT, § 25 II S. 342), "das Gesamtverhalten der Geschäftsparteien bei Vertragsschluß und die begleitenden Umstände aller Art, die Vorverhandlungen ... die gewöhnliche Handlungsweise der Beteiligten" (ENNECERUS-NIPPERDEY, § 206, S. 1259 f.) m.w.N.

Ob das "uncertain testimony of slippery memory" im Bereiche allgemeinen Rechtsverkehrs derart bekannt und gefürchtet ist, daß die Absicht einer Stärkung der Beweislage notwendig verknüpft ist mit einem Ausschluß des Zeugenbeweises, erscheint doch sehr zweifelhaft, vor allem, da eine Überschätzung des Wertes urkundlichen Beweises ebenfalls nicht angeraten ist.

Auch dürfte die mangelnde Flexibilität eines schematisierenden Ausschlusses des Zeugenbeweises - wäre doch etwa eine Reaktion auf Anzahl und Glaubwürdigkeit eventueller Zeugen nicht möglich - dem Parteiwillen kaum entsprechen.

Schließlich ist zu bedenken, daß der Ausschluß des Zeugenbeweises häufig dazu führt, daß "formlose strittige Abreden überhaupt nicht mehr berücksichtigt werden dürfen"[1], und es erscheint die Frage angebracht, ob sich hier nicht die Grenze zwischen deklaratorischer und konstitutiver Form zu verwischen droht[2].

Wie wenig die von KÖTZ vertretene Lehre mit den Lebenssachverhalten vereinbar ist, zeigt sich daran, daß die Parteien sich in der Praxis, soweit ersichtlich, noch nicht auf eine derartige Auslegung berufen haben, und auch die Rechtsprechung die Schriftformklausel bisher nicht so ausgelegt hat.

Der Erklärungsgegner wäre wohl mit Recht erstaunt, wenn man ihm bedeutete, er habe sich eine derart spezielle und weitreichende Beweisvereinbarung zurechnen zu lassen.

Nach allem dürfte der von RAISER und FLUME vertretenen Ansicht zu folgen sein: Die Schriftformklausel verstärkt die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde; diese bleibt widerlegbar, jedoch nur in Ausnahmefällen, welche hohe Beweisanforderungen erfüllen. Eine unflexible Linie gleichwelcher Art wird so vermieden, die Lösung des Problems der richterlichen Würdigung des Einzelfalls

---

1) HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (95)

2) freilich wird man wohl nicht so weit gehen können, anzunehmen, daß eine Bestimmung, durch die ein Recht praktisch nicht durchgesetzt werden kann, auch dessen materiellen Bestand einschränkt. In dieser Richtung aber HAASS (Verhandlungen des 5. dtsch. Juristentages 1864, Bd. 1 S. 68): "damit ist zwar die innere Natur dieser Rechte nicht berührt, aber ihre äußere, praktische Wirksamkeit beschränkt, und folglich die civilrechtliche Geltung derselben alterirt."

überlassen.

Eine Ausnahme von dieser Stärkung der Beweislage dürfte lediglich für solche Abreden gelten, die unter Berücksichtigung des Formzwecks als nicht formbedürftig erscheinen.

(bb) pauschal einbezogene Schriftformklausel

Wie aber steht es mit FLUMEs Einschränkung für die Schriftformklausel in AGB, oder, genauer, für solche, die lediglich aufgrund einer globalen Einbeziehungsvereinbarung zum Vertragsinhalt werden sollen?

FLUME geht offenbar von der Tatsache aus, daß eine Formklausel, die für den Aufsteller der AGB vorwiegend der Verwirklichung eigener Interessen dient, und dem Kunden meist nicht einmal bekannt ist, in der Praxis kaum Anlaß dazu sein wird, im Falle mündlicher Abreden die Urkunde zu berichtigen bzw. zu ergänzen.

M. E. ist der Ansatzpunkt FLUMEs, die Orientierung an rein Tatsächlichem, verfehlt:
Die einfache, o h n e Schriftformklausel bestehende Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit findet ihre Rechtfertigung nicht in rein Tatsächlichem, sondern sie beruht auf der Annahme eines entsprechenden W i l l e n s der Parteien, alle getroffenen Vereinbarungen richtig und vollständig in die Form aufzunehmen.
Bei f e s t g e s t e l l t e m dahingehenden Parteiwillen kann also an einer Stärkung der Beweislage kein Zweifel bestehen. Da aber die Schriftformklausel durch die Einbeziehungsvereinbarung als deklaratorische Formbestimmung zum Inhalt des Einzelvertrages wird[1)], bedeutet dies nicht weniger, als daß die Beteiligten grundsätzlich so behandelt werden, als hätten sie über die Klausel eine individuelle Einigung getroffen. Konsequenterweise muß die Beweisvermutung in dem Maße entstehen, wie es bei einer diesbezüglichen individuellen Einigung der Fall wäre.
FLUMEs Ansicht, nach der die Schriftformklausel dagegen a u c h als deklaratorische Formvereinbarung nicht zum Gegenstand des Einzelvertrages würde, ist daher abzulehnen.

---

1) vgl. oben S. 25 ff.

b) mündlicher Vertragsschluß

Bei mündlichem Vertragsschluß unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist die Rechtslage ohne Schriftformklausel gegenüber dem Fall schriftlichen Abschlusses wesentlich verschieden; eine Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit besteht, wie Ludwig RAISER treffend ausführt[1], nicht:

"Worauf es ankommt, ist die Erkenntnis, daß die AGB. für sich allein eine solche Vermutung nicht rechtfertigen. Sie sind als generelle Richtlinien ohne Zusammenhang mit dem einzelnen Fall aufgestellt und bedürfen jeweils der Ergänzung durch die individuelle Einigung über Leistung und Gegenleistung. Daher kann unmöglich vermutet werden, daß in ihr schon das konkrete Geschäft seinen erschöpfenden Ausdruck gefunden habe. Die Erfahrung des Lebens, aus der die Vermutung des Lebens abzuleiten ist, spricht nicht dafür, daß die Parteien nicht auch noch mehr und anderes gesprochen haben sollen, als was in den AGB. enthalten ist, oder daß sie sich die Mühe gemacht hätten, den Wortlaut der AGB. entsprechend abzuändern, falls es ihnen mit den Abweichungen Ernst gewesen wäre."

Der Einfluß der Schriftformklausel, gleich ob Gegenstand einer besonderen Individualvereinbarung oder nicht, wird hier unter Heranziehung der obigen Erwägungen darin zu sehen sein, daß sie - ausgenommen der Vertragsschluß selbst, d. h. die generelle Bestimmung von Leistung und Gegenleistung - eine (einfache) Vermutung dafür begründet, daß die AGB richtiges und vollständiges Ergebnis der Vertragsverhandlungen bzw. eventueller Änderungen des Vertrages sind[2].

III. Nebenfolgen der Formverletzung

1) Anspruch auf Nachholung der Form

Ist eine Abrede unter Verletzung der nur deklaratorischen Form nur mündlich getroffen worden, so kann jede Partei verlangen, daß die vereinbarte Form nachträglich erfüllt wird[3], was aus einer Analogie zu § 127 Satz 2 BGB herzuleiten sein

---

1) RAISER, Das Recht der AGB, S. 234
2) ebenso RAISER, Das Recht der AGB, S. 235
3) HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (125); STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5, 32; ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963); HUECK, Betr. 1968, 1207 ff. (1208)

dürfte[1].

Hierin liegt nicht etwa ein Verstoß gegen den Zweck der Form, denn eine Trennung zwischen formeller und materieller Rechtslage, die durchaus gewahrt bleibt, entspricht dem in der nur deklaratorischen Formbestimmung geäußerten Parteiwillen.

2) Schadensersatzansprüche

Aus der Nichtaufnahme mündlicher Abreden in die vereinbarte Form können sich Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung, den §§ 823 Abs. II BGB i.V.m. § 263 StGB[2] und § 826 BGB ergeben. Verletzungshandlung wird bei Abreden vor Vertragsschluß häufig die Nichtaufklärung der anderen Partei über die Unvollständigkeit der Urkunde, bei Abreden nach Vertragsschluß die Nichtaufklärung über die Formbedürftigkeit der Abrede sein[3].

Der Schaden liegt in der so entstandenen ungünstigen Beweislage und deren weiterer Folgen, etwa besonderer, durch die notwendige Beweisführung entstandener Kosten.

Zu beachten ist jedoch, soweit die Schriftformklausel Gegenstand einer besonders ausgehandelten Individualvereinbarung ist, daß häufig § 254 BGB[4] eingreifen wird[5], da es den Beteiligten, die sich die Kenntnis der Formbestimmung ohne Unterschied zurechnen zu lassen haben, zu gleichen Teilen obliegt, für die Vollständigkeit der Urkunde zu sorgen.

---

1) so zur gesetzl. Form GERNHUBER, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 151 ff. (177) (folgend abgekürzt: GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff.)

2) eine Vermögensbeschädigung iSd § 263 StGB liegt auch dann vor, wenn es sich nur um eine konkrete Gefährdung des Vermögens handelt, etwa die Beitreibung von Forderungen ernstlich gefährdet wird; zum Prozeßrisiko als Vermögensschaden vgl. etwa BGH 20. 6. 1966 BGHSt 21, 112 ff.

3) so iRd gesetzlichen Form, vgl. etwa REINICKE, Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluß, Betr. 1967, 109 ff. (folgend abgekürzt: REINICKE, Betr. 1967, 109 ff.)

4) die von LORENZ (JuS 1966, 429 ff. (435)) für die gesetzliche Form vorgeschlagene Analogie zu den §§ 307 Abs. I Satz 2, 309 BGB paßt hier nicht, wird darüber hinaus dem Fall der Arglist nicht gerecht.

5) zur gesetzlichen Form vgl. REINICKE, Betr. 1967, 109 ff. (113)

Ist feststellbar, daß es ohne die Pflichtverletzung zu einer Aufnahme der mündlichen Abrede in die Form gekommen wäre, und greift § 254 BGB nicht ein[1], so kann sich über § 249 BGB ebenfalls ein Anspruch auf Nachholung der Form ergeben[2].

---

1) vgl. zur gesetzlichen Form GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff. (166) m.w.N.; a.A. REINICKE, Rechtsfolgen, S. 131 f. (Abstellen auf überwiegendes Verschulden)

2) zu dem Streit iRd gesetzlichen Form, ob über § 249 BGB Erfüllungsansprüche herzuleiten sind, vgl. unten S. 102

4. Abschnitt: Die konstitutive Schriftform

Die konstitutive Schriftform entspricht, soweit die Schriftformklausel Gegenstand einer nur pauschalen Einbeziehungsvereinbarung ist, nach der hier vertretenen Ansicht n i e [1], im Rahmen einer besonderen Individualvereinbarung jedoch regelmäßig der Auslegung der Parteivereinbarungen [2].

I. Der Umfang der vereinbarten Form

1) Extensive Auslegung - Die Natur der Abrede

Hinsichtlich des Umfangs der vereinbarten konstitutiven Schriftform ist zunächst auf die oben zur deklaratorischen Form gemachten Ausführungen zu verweisen [3].

Auch hier wird man die Schriftformklausel also insoweit grundsätzlich e x t e n s i v auszulegen haben [4].

Ebenso wie bei der nur deklaratorischen Schriftform ist jedoch im Zweifel anzunehmen, daß solche Abreden n i c h t schriftformbedürftig sind, die nach ihrer N a t u r d. h. der in ihnen enthaltenen Regelung, vom konkreten Formzweck nicht e r f a ß t werden [5].

Im folgenden soll anhand der verschiedenen Formzwecke näher untersucht werden, welche Ausnahmen sich aus diesem Gedanken für die konstitutive Schriftform ergeben.

a) Übereilungsschutz

Ist der Zweck der Schriftformklausel der Schutz der Parteien vor Übereilung, so erfaßt der Umfang der Form grundsätzlich alle Vereinbarungen; Ausnahmen können al-

---

1) vgl. oben S. 25 ff.
2) vgl. oben S. 11 ff.
3) vgl. oben S. 30 ff.
4) vgl. näher oben S. 30 f.
5) vgl. näher oben S. 31 f.

lenfalls für unwesentliche , nur der Abwicklung dienende Abreden gelten, bei denen ein Schutzinteresse nicht besteht.

Soll die Form nur dem Schutz eines der Beteiligten dienen, so bietet sich dagegen eine wesentliche Einschränkung des Umfangs der Form an:
Abreden, die die geschützte Partei eindeutig, d. h. im Zweifel rechtlich begünstigen , sind formfrei wirksam[1].

b) Erkennbarkeit für Dritte

Besteht der Zweck der Schriftformklausel in der Erkennbarkeit für Dritte, so sind alle Abreden, an deren Kenntnis diese kein Interesse haben, vom Umfang der Form ausgenommen.

Maßgeblich sind dabei die konkreten Umstände des Einzelfalls, allgemeine Regeln lassen sich kaum aufstellen.
Möglich ist jedoch eine Präzisierung für den Fall der Schriftformklausel in langfristigen Miet- und Pachtverträgen, soweit mit der Klausel zumindest überwiegend die Erkennbarkeit für Dritte iSd §§ 566, 571 BGB bezweckt wird.
Wegen der Identität des Formzwecks[2] sind die von Rechtsprechung und Literatur zu § 566 BGB entwickelten Ausnahmen auf die Schriftformklausel übertragbar:

(1) Ausgenommen vom Formzwang sind unwesentliche Abreden[3]. Zwar unter-

---

1) dies ist iRd gesetzlichen Schutzformen anerkannt. Im Einzelnen bestehen dort jedoch einige, zT wohl nur auf Nachlässigkeit zurückzuführende Differenzen. Wohl herrschend wird angenommen, dies gelte auch für Fälle beidseitigen Formzwangs (aber nur einseitigem Schutzzweck) für Abreden vor und nach Vertragsschluß, vgl. RG 16. 9. 1909 RGZ 71, 415 f.; BGH 5. 1. 1955 BB 1955; BGH 29. 11. 1967 NJW 1968, 393; PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 3; PALANDT-THOMAS, § 766 Anm. 3; FLUME (AT 2, § 15 III, 3 a S. 268) dagegen ist der Ansicht, die Formfreiheit einschränkender Abreden sei bei beidseitigem nur für Abreden nach Vertragsschluß, bei einseitiger Formbedürftigkeit jedoch sowohl bei Abreden vor als auch nach Abschluß des Vertrages zu befürworten. Eine dritte Ansicht (vgl. LEHMANN-HÜBNER, § 31 VIII, S. 228; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 7) schließlich will einschränkende Abreden nur bei einseitigem Formzwang, dort jedoch solche vor und nach Abschluß des Vertrages, formfrei wirksam sein lassen.
2) vgl. oben S. 14
3) vgl. BGH 23. 12. 1953 NJW 1954, 425 ff. (426)

liegt iRd § 566 BGB grundsätzlich der gesamte Vertragsinhalt, einschließlich aller Nebenabreden der Form[1], entscheidend ist jedoch der Hauptzweck des § 566 BGB, die Berücksichtigung des Interesses eines potentiellen Grundstückserwerbers an der Kenntnis des Vertragsinhalts; Kriterium ist dabei in aller Regel die wirtschaftliche Bedeutung einer Abrede[2].
Ist das Drittinteresse an der Kenntnis der Abrede gering, so ist der Zweck des § 566 BGB und damit der mit der Schriftformklausel verfolgte Zweck gewahrt[3].

(2) Formfrei wirksam sind ferner Abreden, deren Geltungsdauer den Zeitraum von mehr als einem Jahr nicht erreicht[4]. Auch hier wird der Zweck der Schriftformklausel, den Anforderungen des § 566 BGB zu genügen, gewahrt[5]. Hierunter fallen Vereinbarungen, die eine einmalige Leistung betreffen, etwa eine Zahlung des Mieters als Entgelt für den Abschluß des Mietvertrages[6] oder die Übernahme von Inventar- und Einrichtungsgegenständen durch den Mieter[7].

(3) Ebenso vom Zweck des § 566 BGB werden nicht erfaßt Abreden in der Zeit nach Ablauf der Jahresfrist, die sich nur auf einen sofort eintretenden, nicht für die Zukunft bedeutsamen Punkt erstrecken[8].

---

1) RG 24. 1. 1929 RGZ 123, 171 ff. (177); BGH 23. 12. 1953 NJW 1954, 425 ff. (426); BGH 8. 12. 1959 NJW 1960, 475 f.; BGH 26. 2. 1962 LM Nr. 6 zu § 566 BGB; BGH 5. 7. 1967 MDR 1968, 42 f.
2) etwa SOERGEL-SIEBERT-MEZGER, § 566 Rdz. 13
3) zur Abrede über den späteren Eintritt eines neuen Mieters vgl. PALANDT-PUTZO, § 566 Anm. 5 m.w.N.
4) vgl. MÜLLER, Zur Anwendung des § 566 BGB bei Abänderung eines Mietvertrages, JR 1970, 86 ff. (87)
5) Abzulehnen ist die von MÜLLER (aaO.) vertretene formfreie Anerkennung aller auch wesentlicher Einschränkungen der vertraglich begründeten Rechte und Pflichten, soweit darin nicht zugleich die Neubegründung einer anderen Verpflichtung liegt; auch die Aufhebung des ganzen Mietverhältnisses bedürfe keiner Form. Diese Betrachtungsweise wäre geeignet, dem § 566 jeden Informationsgehalt zu nehmen. Die Zulassung der formlosen Aufhebung des ganzen Vertragsverhältnisses ist im Hinblick auf den Zweck des § 566 bedenklich genug.
6) RG 24. 1. 1929 RGZ 123, 171 ff. (173); BGH 27. 11. 1963 WM 1964, 184 ff. (186)
7) vgl. PALANDT-PUTZO, § 566 Anm. 3 m. N.
8) PALANDT-PUTZO, § 566 Anm. 3 m. N.

c) eindeutige Festlegung der Parteibeziehungen - materielle Inhaltsklarheit

Wird mit der Schriftformklausel die eindeutige Festlegung der Parteibeziehungen, d. h. bei der konstitutiven Form die materielle Inhaltsklarheit bezweckt, so ergeben sich aus dem oben aufgestellten Grundsatz keine Ausnahmen; das Interesse der Parteien an der unbestreitbaren Festlegung der vertraglichen Beziehungen erstreckt sich auf sämtliche Abreden.

2) Die mündliche, bei den Vorverhandlungen getroffene Abrede als konkludente Einschränkung?

Auch Abreden, die ihrer Natur nach an sich der Schriftform unterliegen, können im Einzelfall schon bei Wirksamwerden der Schriftformklausel vom Umfang der Form ausgenommen sein.

Aus der Souveränität der Parteien über jedwede von ihnen gesetzte Formbestimmung folgt die Möglichkeit, einzelne, bei den Vorverhandlungen getroffene Abreden dem Geltungsbereich der vereinbarten Form zu entziehen[1]. Die Parteien können etwa der Ansicht sein, gewisse Vereinbarungen "schreibe man nicht in den Vertrag hinein"[2].

Werden sie sich über ein solches Ausnehmen einzelner Abreden vom Formzwang ausdrücklich [3] einig, so ergeben sich keine besonderen Probleme: Die getroffene Abrede ist formlos wirksam.

---

1) ganz h. M., vgl. die Nachweise oben S. 8 Fußn. 1
2) zu einem solchen Fall LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 220
3) Der Versuch, die ausdrückliche Willenserklärung zu definieren bzw. vom konkludenten Verhalten (häufig auch stillschweigende Willenserklärung genannt, vgl. etwa ENNECERUS-NIPPERDEY, § 153 II, S. 943 m.w.N.; FABRICIUS, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 1 ff. (1)) abzugrenzen, der schon die gemeinrechtliche Literatur immer wieder beschäftigt hat (vgl. FLUME, AT 2 § 5 S. 62, f., 69 ff. m.w.N.), führt auch heute noch zu Schwierigkeiten. Mit dem RG soll daher die ausdrückliche Willenserklärung nur vorsichtig definiert werden als eine "im besonderen Maße unzweideutige Offenbarung" des Willens (vgl. RG 2. 10. 1925 RGZ 111, 316 ff. (317); RG 13. 10. 1932 RGZ 138, 52 ff. (54)), die sich direkt, unmittelbar auf die Erklärung des Willens richtet (vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, § 153 II S. 943)

Fraglich und umstritten ist dagegen, an welche Voraussetzungen die Annahme einer konkludenten [1] Einschränkung des Formumfangs zu knüpfen ist, besonders, ob schon das bloße Zustandekommen einer mündlichen, nicht in die Form aufgenommenen Abrede zu der Annahme berechtigt, daß die vereinbarte Form sich nicht auf sie erstrecken soll.

Die Problematik ist mit den unten noch zu behandelnden Fragen der konkludenten Aufhebung der Formklausel für einzelne Vertragsänderungen[2] eng verwandt; es besteht jedoch eine wesentliche Differenz:
Während es hier um die Einschränkung des Formumfangs, also um die Frage geht, ob die vereinbarte Form gewisse Vereinbarungen von vornherein nicht erfaßt, ist Gegenstand der Erörterungen dort die Aufhebung der Schriftformklausel für den Einzelfall, d. h. die spätere (partielle) Beseitigung der parteigeschaffenen Selbstbindung. Dieser grundlegende konstruktive Unterschied wird in der Diskussion um das konkludente Ausnehmen einzelner Abreden vom Formzwang, die sich bisher zumeist an Fragen der Aufhebung der vereinbarten Form entzündete, nicht selten verkannt.

So sprechen das RG und der BGH, die beide Fälle ohne erkennbare Differenzierung gleichbehandeln, auch bei der Einschränkung des Formumfangs fälschlich von "außer Kraft setzen"[3].
Im Schrifttum hat man sich hingegen fast ausschließlich mit den Fragen der konkludenten Aufhebung der Formbestimmung beschäftigt, ohne diese von der stillschweigenden Einschränkung des Formumfangs ausdrücklich abzugrenzen.

Der Versuch, die zur konkludenten Einschränkung des Umfangs der Form anläßlich mündlicher, bei den Vorverhandlungen getroffener Abreden vertretenen Meinungen zu analysieren und darzustellen, muß sich daher, soweit es das Schrifttum betrifft, i.w. auf vorsichtige Hypothesen beschränken.

---

1) Unter konkludentem Verhalten versteht man Worte oder Handlungen, die den Geschäftswillen indirekt erklären, also zunächst einen anderen Zweck verfolgen, aus denen aber mittelbar auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann (vgl. LARENZ, AT § 25 III b S. 360; FLUME, AT 2 § 5, 3 S. 69 ff.; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 153 II, S. 943 m.w.N.
2) vgl. unten S. 58 ff.
3) vgl. etwa RG 21. 3. 1919 RGZ 95, 175 f.; BGH 11. 10. 1967 NJW 1968, 32 f.; ebenso RAISER, Das Recht der AGB, S. 235

a) Die Rechtsprechung des RG und des BGH

Nach Ansicht des RG und des BGH ist eine konkludente Einschränkung des Formumfangs bereits dann anzunehmen, wenn die Parteien über eine mündlich gebliebene Abrede ernsthaft einig sind und die Existenz der fraglichen Abrede eindeutig bewiesen wird.

Erwähnt sei zunächst die "klassische" Entscheidung des RG vom 21. 3. 1919[1], der folgender Sachverhalt zugrundelag:

Der Beklagte hatte mit dem Kläger einen schriftlichen, mehrjährigen Mietvertrag über eine Schankwirtschaft geschlossen. Mündlich hatte der Beklagte (Vermieter) "völlige Brauereifreiheit" zugesichert. In den (wohl vorgedruckten) Vertragsbestimmungen befand sich u.a. eine Schriftformklausel, die Ergänzungen und Änderungen des Vertrages für formbedürftig erklärte. Entgegen der Zusicherung des Vermieters wurde der Mieter von einer ortsansässigen Brauerei unter Berufung auf eine zwischen ihr und dem Vermieter bestehende Vereinbarung in Anspruch genommen. Den aus den sich anschließenden Streitigkeiten mit der Brauerei entstandenen Schaden machte der Mieter nach den §§ 537 Abs. 2, 538 BGB gegenüber dem Vermieter geltend. Es kam also darauf an, ob die Zusicherung der Brauereifreiheit zum Inhalt des Vertrages geworden war.

Das Reichsgericht ging zwar davon aus, die (konstitutive) Schriftformklausel sei zwischen den Parteien vereinbart[2], fuhr dann aber fort:

"Diese können aber eine solche Vertragsklausel für den Einzelfall außer Kraft setzen, und das geschieht [3], wenn sie darüber einig sind, daß für ihre vertraglichen Beziehungen neben dem Urkundeninhalt auch eine bestimmte mündliche Abrede maßgebend sein soll ... Ihre Rechtsgültigkeit ist daher nicht zu beanstan-

---

1) RG 21. 3. 1919 RGZ 95, 175 f.
2) da es sich offenbar um einen Formularvertrag handelte, die Klausel somit wohl nicht Gegenstand einer besonderen Individualvereinbarung war, hatte sie nach der hier vertretenen Ansicht nur deklaratorische Wirkung, vgl. oben S. 25 ff.
3) Hervorhebung nicht im Original

den."[1]

Dieser Standpunkt des RG wurde in den Jahren 1922[2] und - zum Problem der konkludenten Aufhebung der Schriftformklausel - nach der Kritik ROQUETTEs[3] allerdings zurückhaltender auch 1942[4] bestätigt. In dieser letzten Entscheidung führte das Reichsgericht aus, die Annahme eines konkludenten Ausnehmens formloser Abreden von der vereinbarten Form komme dann in Betracht, wenn die Absicht, die mündliche Vereinbarung dauernd gelten zu lassen, klar bewiesen werde.

Die Rechtsprechung des BGH ist - eindrucksvolles Zeugnis der Unsicherheit des BGH in der Bewältigung der Formprobleme[5] - uneinheitlich. Neben einigen Entscheidungen, in denen eine Prüfung des Problems der konkludenten Einschränkung des Formumfangs völlig unterblieb, der BGH jedoch Hilfskonstruktionen wie die Grundsätze der c.i.c oder des § 242 BGB heranzog[6], um die Wirkung der Formklausel zu mildern bzw. zu umgehen, zeigt sich jedoch die Tendenz, die Rechtsprechung des RG fortzusetzen.

Zunächst entwickelte der BGH in den Jahren 1962[7] und 1964[8] unter Hinweis auf das RG den Grundsatz, nach § 125 Satz 2 BGB trete nur dann Nichtigkeit ein, solange und soweit die Beteiligten keinen anderen Willen zum Ausdruck brächten. Ein solcher abweichender Wille sei in einer übereinstimmend gewollten mündlichen Ver-

---

1) vgl. RG 21. 3. 1919 RGZ 95, 175/176; ähnlich schon RG 29. 10. 1889 RGZ 25, 169 ff. (177); RG 23. 11. 1910 WarnR 1911 Nr. 7; RG 5. 7. 1912 WarnR 1912 Nr. 367; RG 21. 1. 1916 LZ 1916 Sp. 1293 f.; anders noch RG 15. 11. 1907 WarnR 1908 Nr. 38; vgl. auch KG 5. 8. 1939 DR 1940, 395
2) vgl. RG 17. 1. 1922 SeuffA 77 Nr. 113
3) ROQUETTE, DR 1940, 961 ff.
4) RG 23. 11. 1942 DR 1943, 487 f. (488) mit zust. Anm. von ROQUETTE
5) dazu noch unten S.100ff.
6) vgl. BGH 27. 3. 1963 LM Nr. 2 zu § 127 BGB (§ 242 BGB); BGH 22. 1. 1964 Betr. 1964, 258; BGH 20. 2. 1967 WM 1967, 464 ff. (466 f.) (§ 242 BGB); BGH 6. 3. 1968 VIII ZR 221/65 Bl. 15 (insoweit unveröffentlicht, zitiert nach SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11, Rdz. 91 Fußn. 1); BGH 21. 12. 1970 WM 1971, 217 ff. (218) (§ 242 BGB); vgl. auch BAG 14. 12. 1966 NJW 1967, 751 f.; OLG Düsseldorf 28. 7. 1955 NJW 1956, 306 f.; OLG München 20.3. 1959 BB 1959, 538 (c.i.c.); OLG Celle 21. 5. 1965 DAR 1965, 211
7) BGH 20. 6. 1962 NJW 1962, 1908 f.
8) BGH 26. 11. 1964 NJW 1965, 293

tragsänderung zu sehen; diese enthalte die Absicht, jedwede entgegenstehende Abrede, also auch eine evtl. vorgängige Schriftformklausel, insoweit, d. h. für den Einzelfall, außer Kraft zu setzen. Wenn der Zweck der Formklausel damit häufig nicht erreicht werde, so liege dies daran, daß die Parteien selbst von der vereinbarten Form absähen.

Diesen Gedanken wendete der BGH in der Entscheidung vom 26. 10. 1966[1] ausdrücklich auch auf das Problem der konkludenten Einschränkung des Formumfangs an:

"Maßgebend sind allein die auf die inhaltliche Ergänzung [2] oder Änderung des Vertrages gerichteten übereinstimmenden Willenserklärungen. Steht fest, daß die Vertragsschließenden die Gültigkeit des nur formlos Verabredeten gewollt haben, so sind entgegenstehende Abmachungen, also auch eine etwaige Schriftformklausel, insoweit hinfällig."

Ähnlich wie schon das RG[3] scheint der BGH jedoch gegenüber der eigenen Rechtsprechung ein gewisses Unbehagen zu empfinden. Im Jahre 1967[4], als es um eine während der Vorverhandlungen gemachte mündliche Zusage ging, meinte der BGH, es sei "verständlich und berechtigt", daß die Parteien sich durch die Schriftformklausel gegenüber Zweifeln über den Vertragsinhalt absichern wollen. Ferner wurde ausgeführt:

"Eine solche Schriftlichkeitsklausel kann zwar dadurch außer Kraft gesetzt werden, daß die Vertragsschließenden deutlich den Willen zum Ausdruck bringen, die mündlich getroffene Abrede solle ungeachtet dieser Klausel gelten. Dies muß jedoch zweifelsfrei zum Ausdruck kommen oder dem Sachverhalt jedenfalls zweifelsfrei zu entnehmen sein."[5]

---

1) BGH 26. 10. 1966 Betr. 1967, 80
2) Hervorhebung nicht im Original
3) vgl. oben S. 52
4) BGH 11. 10. 1967 NJW 1968, 32 f.
5) Die Formulierung, der Wille müsse erkennbar werden, daß die mdl. Abrede ungeachtet der Formklausel gelten solle, ist allerdings nicht ganz klar, da man hieraus auch schließen könnte, über die ernsthaft gewollte Abrede hinaus müsse ein besonderer, auf die Einschränkung der Formbestimmung gerichteter Wille deutlich werden. Es dürfte sich jedoch, wie auch neuere Entscheidungen zur Aufhebung der Form zeigen (etwa BGH 25/27. 11. 1969 WM 1970, 93 ff.), lediglich um terminologische Nachlässigkeiten handeln, die als Zeichen einer Wende in der Rechtsprechung des BGH nicht anzusehen sind (ebenso REINICKE, Rechtsfolgen, S. 157)

Sichere ein Teil dem anderen die schriftliche Bestätigung der getroffenen Abrede für den nächsten Tag zu, so werde ein solcher Wille nicht erkennbar[1]. Gerade also, wenn die Parteien an das Schriftformerfordernis im Moment ihrer mündlichen Abmachung nicht denken, nimmt der BGH eine Einschränkung des Formumfangs an.

Zusammengefaßt bedeutet die Ansicht des RG, die, wenn auch nicht in allen Entscheidungen, so doch im Primzip vom BGH übernommen wurde, in der Regel nichts anderes als eine Gleichsetzung der mündlichen, "ernsthaft gewollten" und klar beweisbaren Abrede mit einer Einschränkung des Formumfangs. Im Ergebnis sollen formlose, vor Vertragsschluß getroffene Vereinbarungen also entgegen der von den Parteien als konstitutiv gewollten Schriftform idR wirksam sein; das Eingreifen des Obersatzes des § 125 Satz 2 BGB, der "Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form", wird durch die weitgehende Annahme einer konkludenten Einschränkung des Umfangs der vereinbarten Form vermieden.

b) Die Literatur

Das Schrifttum befaßt sich, wie eingangs erwähnt, fast ausschließlich mit den Fragen der konkludenten Aufhebung der Formklausel anhand mündlicher Vertragsänderungen.
Angesichts der Unterschiedlichkeit der hier bestehenden Problemlage, d. h. der Gleichzeitigkeit des Wirksamwerdens der Formbestimmung und des in Frage stehenden Ausnehmens einzelner Abreden vom Formzwang, erscheint es nicht angeraten, die dort vertretenen Ansichten ohne weiteres bei der Frage der Einschränkung des Formumfangs heranzuziehen. Man wird jedoch sicher annehmen können, daß die h. M. im Schrifttum, die eine Gleichsetzung der mündlichen Vertragsänderung mit einer partiellen Aufhebung der Formklausel ablehnt,[2] und für die Annahme derartiger stillschweigender Willenserklärungen weitere Umstände vor allem subjektiver Natur fordert[3], erst recht der zur Einschränkung des Formumfangs vertretenen Ansicht der Rechtsprechung die Billigung versagt.

---

1) vgl. BGH aaO.
2) vgl. dazu unten S. 63 ff.
3) vgl. dazu unten S. 63 ff.

Allein LÜDERITZ[1] beschäftigt sich ausdrücklich mit der hier angesprochenen Frage; er lehnt eine generelle Identifizierung mündlicher Vereinbarungen mit der Beschränkung des Formumfangs ab, fügt jedoch hinzu, auch individuell vereinbarte Formklauseln könnten in ihrem Umfang stillschweigend beschränkt sein. Entscheidend sei das "typische oder konkrete Gewicht der mündlichen Vereinbarung einerseits, der ... Formklausel andererseits". Ausnahmen seien vor allem bei "besonderer Nachdrücklichkeit mündlicher Zusicherungen" anzunehmen.

c) Eigene Stellungnahme

Die von der Rechtsprechung vertretene Ansicht, in einer ernsthaft gewollten (und später eindeutig beweisbaren), bei den Vertragsverhandlungen getroffenen Abrede liege eine schlüssige Ausnahme von der Schriftformklausel, stößt auf schwerwiegende Bedenken. Denn die Voraussetzung einer derart normativ zugerechneten Willenserklärung, nämlich ein Verhalten, "welches, redliche und vernünftige Einstellung vorausgesetzt"[2], im Sinne verkehrsschützender Selbstverantwortung der Parteien nur mit einem Willen zur Einschränkung des Formzwangs vereinbar ist, ist allein dadurch nicht erfüllt.

Dies ergibt sich einmal aus der Berücksichtigung des Grundsatzes der Privatautonomie:

Im Moment des Vertragsschlusses werden zwei sich widersprechende individuell getroffene Parteivereinbarungen, nämlich die Schriftformklausel und die nur mündlich getroffene Abrede, wirksam. Warum sollte dabei gerade die Formklausel, die für den Fall einer formlosen Vereinbarung eine Rechtsfolge, nämlich deren Unwirksamkeit, ausdrücklich vorsieht, gegenüber der mündlichen, einen solchen besonderen Bezug nicht aufweisenden Abrede weichen? Der in der Schriftformklausel sichtbar werdende Parteiwille, welcher der Rahmenvereinbarung der Schriftform doch eindeutig den Vorrang verleiht, bliebe praktisch mißachtet, was mit dem Grundsatz der Privatautonomie nicht vereinbar ist.

---

1) LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 220
2) STAUDINGER-COING, Vorbem. 6 c zu §§ 116 ff. BGB

Nichts anderes folgt aus der besonderen Systematik der Form:

Wesentliches Merkmal einer jeden Formvorschrift ist es, daß die Erfüllung der Tatbestandsseite, d. h. die Existenz einer formwidrigen Vereinbarung, die Rechtsfolgeseite der Norm aktualisiert. Da nun die auf einer gewillkürten Formbestimmung beruhende konstitutive Form in § 125 Satz 2 BGB ausdrücklich vorgesehen und, soll sie irgendeinen Sinn haben, insoweit der gesetzlichen Form gleichzustellen ist, kann dies für das vorliegende Problem nur bedeuten: Die mündliche Abrede allein ist - zumindest, soweit sie sich nicht unmittelbar einschränkend auf die Formvereinbarung bezieht - nichts mehr als die Voraussetzung für das Eingreifen der Rahmenvereinbarung der Schriftformklausel.
Läßt man aber die Voraussetzung für das Eingreifen einer vom Gesetzgeber geschaffenen Norm zugleich die für ihr Nichteingreifen sein, so setzt man diese Norm vermittels eines Scheinarguments, einer nur formal gerechtfertigten Hilfskonstruktion mittelbar außer Kraft, beraubt sie jeden Sinns.

Die apologetisch anmutende Bereitschaft, die mit der Schriftformklausel verfolgten Zwecke durch Anforderungen einerseits an die "Ernsthaftigkeit" des Willens der Parteien, andererseits an den Beweis mündlicher Abreden verwirklichen zu wollen, ist als Rechtfertigung für die Paralysierung der konstitutiven Form nur unzureichend, da nicht nur, worauf schon ERMAN[1], KÖTZ[2] und EISNER[3] - zur Frage der konkludenten Aufhebung für den Einzelfall - hingewiesen haben, jede Vereinbarung, die vor der Rechtsordnung Bestand haben soll, ernsthaft gewollt sein muß, sondern auch die Verlagerung der konstitutiven Form auf eine praktisch nur deklaratorischen Ebene unzulässig erscheinen muß.

Zweifellos ist das Bestreben, der gewillkürten Form keine allzustarre Funktion zuzubilligen, sie nicht zum leeren Formalismus werden zu lassen, berechtigt. Das Problem läßt sich aber nicht lösen, indem man die konstitutive Form vollständig paralysiert, da so deren unbestreitbare , in den mit der Formvereinbarung verfolgten

---

1) ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963)
2) KÖTZ, JZ 1967, 288 ff. (Anm. zu BGH 19. 9. 1966)
3) EISNER, NJW 1969, 118 ff. (119)

Zwecken[1] wiedergespiegelten Positiva leichtfertig verschenkt werden.

Nach allem ist eine von den Parteien getroffene mündliche Abrede, die sich nicht in besonderer Weise einschränkend auf die Formklausel bezieht, allein nur ungenügender Ausdruck eines den Umfang der vereinbarten Form beschränkenden Willens. Die Ansicht des RG und des BGH ist wegen ihrer Unvereinbarkeit ebenso mit dem Grundsatz der Privatautonomie wie mit dem Gesetz abzulehnen[2].

Zu der Annahme, einzelne, bei den Vertragsverhandlungen getroffene Vereinbarungen seien dem Umfang der Form entzogen, sind daher weitere, besondere Einzelfallumstände erforderlich, die den Schluß auf einen derartigen Willen zwingend gebieten.

Als ein solcher Umstand wird etwa ein bei Zustandekommen der mündlichen Abrede bestehender beidseitiger Wille der Parteien, diese von dem vereinbarten Formzwang auszunehmen, anzusehen sein[3].

Da letztlich die allgemeine Dogmatik der Willenserklärung angesprochen ist[4], kann hier jedoch keine endgültige Schranke der normativen Zurechnung einer Einschränkungsabrede liegen. Nicht völlig ausgeschlossen ist also, daß der mangelnde dahingehende Wille durch besondere, rechtlich relevante Umstände des konkreten Einzelfalls, die neben die mündliche Abrede als solche treten, ersetzt wird.

Dabei mag die besondere Nachdrücklichkeit mündlicher Zusicherungen[5] im Einzelfall von Bedeutung sein, dürfte jedoch als nicht präzisierbarer Umstand generell nur geringen Wert haben; pauschale Abgrenzungen mit Hilfe nahezu unbeschränkt interpretierbarer Kriterien wie der "besonderen Nachdrücklichkeit" wären der Gefahr ausgesetzt, die für die Parteien zur Erreichung ihrer Zwecke notwendige Schematisierung von hinten aufzurollen. Ein solcher - fingierter - Parteiwille stünde sich selbst im

---

1) dazu im Einzelnen oben S. 12 ff.
2) schon das dieser weitgehenden Entwertung offenbar zugrundeliegende Motiv, in der Geltendmachung der Unwirksamkeit mündlicher Abreden sei ein relevantes venire contra factum proprium zu sehen, ist nicht berechtigt, vgl. dazu unten S. 125
3) vgl. zur konkludenten Aufhebung für den Einzelfall unten S. 65, 73
4) so auch ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963) (zur konkl. Aufhebung für den Einzelfall)
5) vgl. LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 220 (oben S. 55)

Wege.

Vielmehr muß die Frage nach den die Annahme eines Einschränkungswillens erlaubenden Umständen dem Einzelfall überlassen bleiben. Jedenfalls ist hierbei besondere Zurückhaltung geboten. Denn einmal kommt in der individuell vereinbarten Schriftformklausel gerade der Wille zum Ausdruck, sämtliche vom Zweck der Form erfaßten Rechtsgeschäftselemente für formbedürftig zu erklären. Ausnahmen gefährden aber den Sinn der Formvereinbarung.

Zum anderen ist die normativ zugerechnete Willenserklärung als pathologische, von der naturgemäßen Einheit von Wille und Erklärung[1] entfernte Erscheinung[2] wegen der Gefahr der Scheinbegründung mit viel Vorsicht handzuhaben[3]; so ist hier der Versuchung zu begegnen, die Lösung des Formproblems scheinbegründeten Hilfskonstruktionen[4] überantworten zu wollen.

II. Die mündliche Vertragsänderung als konkludente Aufhebung für den Einzelfall?

Auch mündliche Abreden, die nach Abschluß des Vertrages zustandekommen, und ihrer Natur nach zunächst als formbedürftig erscheinen, können nach den Parteivereinbarungen im Einzelfall doch von dem durch die Schriftformklausel statuierten Formzwang ausgenommen sein.

Wie allgemein anerkannt, erstreckt sich die Herrschaft der Parteien über das von ihnen vereinbarte Formerfordernis auch auf die Fähigkeit, die einmal getroffene Formbestimmung später, auch für nur einzelne Änderungen des Vertrages, aufzu-

---

1) hierzu etwa FLUME, AT 2, § 4, 8 S. 60 ff.

2) COING (STAUDINGER-COING, Vorbem. 1 ff. zu §§ 116 ff.), der eine Identifizierung dieser Fälle mit der Willenserklärung ablehnt, würde von der Fiktion einer Willenserklärung sprechen, was den pathologischen Charakter dieser Konstruktion noch stärker hervorzuheben geeignet wäre.

3) vgl. LARENZ, AT § 25 III S. 361

4) vgl. RAISER, Das Recht der AGB, S. 235, der ebenfalls von einer "Konstruktion" spricht; ebenso FLUME, AT 2 § 15 III, 2 S. 266 (zur konkl. Aufhebung): "reine Konstruktion"

heben [1].

Uneinigkeit herrscht jedoch über die Voraussetzungen einer solchen (partiellen) Beseitigung der parteigeschaffenen Selbstbindung. Umstritten ist vor allem, ob allein in einer von den Parteien mündlich getroffenen Vertragsänderung die konkludente Außerkraftsetzung der Schriftformklausel für den Einzelfall gesehen werden kann.

Da hiermit das bei der gewillkürten Form bisher wohl meistdiskutierte Problem angesprochen ist, das nur allzu häufig zur Lösung des gesamten Formproblems dient, soll ein gründlicher Einblick in den Stand der Diskussion gegeben werden.

1) Die herrschende Meinung

Die Rechtsprechung und beachtliche Teile der Literatur vertreten folgende Ansicht:

Die Aufhebung der Schriftformklausel, auch für den Einzelfall, ist an keine besondere Form gebunden, also mündlich, d. h. ausdrücklich[2] ebenso wie durch konkludentes Verhalten[3], möglich.
Eine konkludente Außerkraftsetzung der Formbestimmung für den Einzelfall wird bereits dann angenommen, wenn die Parteien sich über eine Änderung des Vertrages mündlich "ernsthaft" einig werden und die fragliche Abrede klar beweisbar ist.

Dieser Gedanke wurde vom RG zunächst für die ähnliche Frage der stillschweigenden Einschränkung des Formumfangs entwickelt[4] und im Jahre 1942[5] - unter dem Einfluß der Kritik ROQUETTEs[6] allerdings vorsichtiger - im Prinzip auf das vom RG völlig gleichbehandelte Problem der Aufhebung durch schlüssiges Verhalten übertra-

---

1) allgemeine Meinung, vgl. die Nachweise oben S.8 Fußn. 2
2) zur Definition der ausdrücklichen Willenserklärung vgl. oben S.49 Fußn. 3
3) zur Definition der konkludenten Willenserklärung vgl. oben S. 50 Fußn. 1
4) vgl. etwa RG 21. 3. 1919 RGZ 95, 175 f. und dazu oben S. 51
5) RG 23. 11. 1942 DR 1943, 487 f. mit zust. Anm. von ROQUETTE; vgl. auch schon RG 29. 10. 1889 RGZ 25, 169 ff. (177); RG 23. 11. 1910 WarnR 1911, Nr.7; RG 5. 7. 1912 WarnR 1912 Nr. 367; RG 21. 1. 1916 LZ 1916 Sp. 1293 f.; anders RG 15. 11. 1907 WarnR 1908 Nr. 38; KG 5. 8. 1939 DR 1940, 395
6) ROQUETTE, DR 1940, 961 ff.

gen. Das Reichsgericht kam zu dem Ergebnis die Annahme einer Aufhebung der Schriftformklausel für den Einzelfall komme dann in Betracht, "wenn die Absicht einer dauernd wirksamen Vertragsänderung ... wirklich klar und zweifelsfrei erhellt, wobei die Beweiserfordernisse nicht gering zu stellen sind"[1]. An der Wirksamkeit der mündlichen Vereinbarung bestehe dann kein Zweifel.

Der BGH folgte dieser Rechtsprechung des RG konsequent; so, soweit ersichtlich, zuerst in der Entscheidung vom 20. 6. 1962[2]:

"Nach § 125 Satz 2 BGB hat der Mangel der durch Rechtsgeschäft vereinbarten Form nur im Zweifel, d. h. nur dann die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge, wenn die Vertragspartner nichts anderes gewollt haben.
Ist deshalb, wie hier, in einem Mietvertrag vereinbart, daß Änderungen und Ergänzungen der Schriftform bedürfen, so können mündliche Änderungen dennoch wirksam sein, wenn nur die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben, wenn sie also darüber einig waren, daß für ihre vertraglichen Beziehungen neben dem Urkundeninhalt auch eine bestimmte mündliche Abrede maßgebend sein soll (RGZ 95, 175)."

Im Jahre 1964[3] wurde die Rechtsprechung fortgesetzt:

"Wenn die Parteien sich durch die Vereinbarung einer im Gesetz nicht vorgeschriebenen Schriftform gebunden haben, so kann diese Bindung nur bestehen bleiben, solange und soweit sie keinen anderen Willen zum Ausdruck bringen.
Der Revision ist zuzugeben, daß damit der Zweck der Klausel ... häufig nicht erreicht wird. Das liegt aber daran, daß die Parteien selbst übereinstimmend von der Beobachtung der gesetzlich nicht vorgeschriebenen Form, über die sie allein zu bestimmen haben, absehen ... Daß die Parteien an den § 8 des Vertrages (die Schriftformklausel[4]) bei ihrer mündlichen Abmachung nicht gedacht haben, schließt deren Wirksamkeit nicht aus."

Dabei hob der BGH hervor, daß es nur um die Aufhebung der Formklausel für den Einzelfall gehe:

"Es handelt sich hier zunächst nicht um eine Aufhebung dieser Bestimmung für den gesamten Vertragsbereich, sondern nur um eine den § 4 abändernde Vereinbarung. Der § 8 blieb im übrigen bestehen."

---

1) vgl. RG 23. 11. 1942 DR 1943, 487 f.
2) BGH 20. 2. 1962 NJW 1962, 1908 f.
3) BGH 26. 11. 1964 NJW 1965, 293
4) Anm. des Verfassers

Nach mehreren nahezu gleichlautenden Entscheidungen im Jahre 1966[1] machte der BGH 1967[2] - allerdings zur Frage der konkludenten Einschränkung des Formumfangs - deutlich, daß er gerade dann, wenn die Parteien bei der mündlichen Abrede nicht an die vereinbarte Form gedacht haben, von einer konkludenten Ausnahmerahmenung der Formklausel für den Einzelfall ausgehen will.

Ähnlich wie beim Problem der konkludenten Einschränkung des Formumfangs[3] wird jedoch in neuerer Zeit eine gewisse Zurückhaltung deutlich, die sich in erhöhten Anforderungen an den Beweis mündlicher Abreden ausdrückt. In dem Urteil vom 25/27. 11. 1969[4] führte der BGH aus:

"Haben die Parteien Schriftform vereinbart, so ist bei der Prüfung, ob nur mündlich Besprochenes gleichwohl Gültigkeit haben soll ..., besondere Zurückhaltung geboten. Daß die formlose Abrede gelten soll, muß klar erkennbar sein, wenn nicht der Zweck der Schriftformvereinbarungen völlig ausgehöhlt werden soll."

Diese Ansicht des RG und des BGH, die von den Gerichten der unteren Instanzen z. T. übernommen wurde[5], fand die Unterstützung zahlreicher Literatur stimmen, so schrieb DANZ etwa schon im Jahre 1919[6]:

"... wenn sie eine solche Abänderung ernstlich formlos abschließen und damit zu erkennen geben, daß diese Abänderung jetzt zwischen ihnen gelten solle, so liegt darin zugleich der Wille ausgedrückt, daß die bisherige Bestimmung aufgehoben sein soll."

Noch deutlicher HENRICH[7]:

---

1) vgl. BGH 17. 1. 1966 NJW 1966, 826; BGH 29. 6. 1966 NJW 1966, 1705 ff. (1706); BGH 16. 3. 1966 JZ 1967, 287 f. mit krit. Anm. von KÖTZ; BGH 26. 10. 1966 Betr. 1967, 80; mißverständlich ist die Formulierung in BGH 17. 1. 1966 NJW 1966, 826, es komme darauf an, "ob die Vertragsänderung und die Nichtbeachtung der Schriftform gewollt und vereinbart worden ist". Als Anhaltspunkt für eine grundsätzliche Änderung der Rechtsprechung ist sie, wie die Entscheidung vom 25/27. 11. 1969 (WM 1970) zeigt, jedoch nicht anzusehen. In diesem Sinne schon REINICKE, Rechtsfolgen, S. 157

2) BGH 11. 10. 1967 NJW 1968, 32 f. (dazu oben S. 53)

3) vgl. oben S. 53

4) BGH 25./27. 11. 1969 WM 1970, 93 ff. (94)

5) vgl. etwa OLG Nürnberg 21. 10. 1969 VersR 1971, 256; LG Hamburg 24. 6. 1966 MDR 1967, 594

6) DANZ, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. 3. Aufl. Jena 1911, S. 246 (folgend abgekürzt: DANZ, Auslegung)

7) HENRICH, DR 1940, 1262

"Aber auch wenn bei der Vereinbarung den Beteiligten nicht bewußt ist, daß ihre den Vertrag abändernde Vereinbarung zugleich eine Aufhebung der schriftlichen Vereinbarung darstellt, ... so ist in ihr die Willensübereinstimmung enthalten, daß sie gelten soll, einerlei welche Formvorschrift eine frühere Vereinbarung enthält."

Nicht anders HELDRICH[1]:

"Ist nachweisbar, daß die Parteien sich dadurch binden haben wollen, so ergibt sich aus ihrem Verhalten, daß sie für diese Änderung die Formabrede außer Kraft gesetzt haben."

Auch im neueren Schrifttum finden sich - meist nur in Form kurzer Anmerkungen - zahlreiche, der Rechtsprechung des RG und des BGH zustimmende Beiträge[2]

Zusammengefaßt bedeutet die herrschende Meinung, daß der Schriftform gegenüber "ernsthaft gewollten" und klar beweisbaren Vertragsänderungen eine konstitutive Wirkung praktisch nicht zukommt; eine Formverletzung entsteht wegen der weitgehenden Annahme konkludenter Außerkraftsetzungserklärungen nicht.

---

1) HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (126)

2) SCHUMACHER, BLGBW 1964, 226; LEHMANN-HÜBNER, AT § 31 VII, 3 S. 225: "Stets muß aber der Wille, daß die formlose Abrede gelten soll, klar hervortreten"; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 15 (freilich nicht ganz klar, Verwendung der Formulierung von BGH 17. 1. 1966, vgl. oben S. 61 Fußn. 1; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 7 (unter Hinweis auf RG 23. 11. 1942, vgl. oben S. 59 f.); LANGE, BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 13. Aufl. München 1970, § 42 II S. 269 (folgend abgekürzt: LANGE, AT); PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 2 a; schwankend REINICKE, Rechtsfolgen, S.157

3) Auch EISNER (NJW 1969, 118 ff. (121)) nähert sich der Meinung der Rechtsprechung, wenn er - der grundsätzlich schriftliche Aufhebung der Formklausel verlangt (vgl. unten S. 67f.) - eine formlose nachträgliche Einschränkung des Formumfangs dann zulassen und annehmen will, wenn "Abschluß und Inhalt der mündlichen Vereinbarung nicht streitig" sind.
Ob auch LÜDERITZ (Auslegung, § 12 II, 2 S. 219 f.) auf dieser Linie zu finden ist, bleibt unklar, da er von der Unstreitigkeit der "Existenz wirksamer mündlicher Abreden" spricht, im folgenden allerdings RG 17. 2. 1922 SeuffA 77 Nr. 113 zitiert, wo zwar die Existenz der Nebenabrede, die Außerkraftsetzung der Formklausel jedoch unter den Parteien keineswegs unstreitig war.
Dazu unten S.71 Fußn. 5

2) Die gemäßigten Ansichten

Ein anderer, wohl überwiegender Teil des Schrifttums lehnt die von der h. M. vertretene, nahezu uneingeschränkte Annahme einer konkludenten partiellen Außerkraftsetzung angesichts mündlicher Änderungsabreden ab. Zwar wird es durchaus für möglich gehalten, die Schriftformklausel mündlich, auch durch konkludentes Verhalten, aufzuheben, für die konkludente Aufhebung der Formklausel für den Einzelfall werden jedoch weitere, rechtlich relevante Umstände gefordert, die neben die mündliche Abrede als solche treten; vor allem Umstände s u b j e k t i v e r Natur sind es, die in diesem Zusammenhang genannt werden.

Bei näherer Analyse lassen sich drei verschiedene Meinungen unterscheiden:

a) Zum Teil wird als Voraussetzung für den Schluß auf einen stillschweigend geäußerten Außerkraftsetzungswillen seitens der Parteien grundsätzlich zumindest das B e w u ß t s e i n der Formbestimmung beim Zustandekommen verlangt; der Mangel dieses subjektiven Erfordernisses bei einer Partei soll jedoch in Ausnahmefällen e r s e t z b a r sein. So schreibt etwa LARENZ [1]:

"Zwar genügt zur Aufhebung des vereinbarten Formzwangs "schlüssiges Verhalten", doch wird man dieses verneinen müssen, wenn nur eine der Parteien sich des Formerfordernisses nicht bewußt war und die Möglichkeit besteht, daß sie, hätte sie an das Formerfordernis gedacht, sich durch die Warnfunktion der Form von der Aufhebung des Formzwangs und einem formlosen Abschluß hätte abhalten lassen. ... Wenn die Parteien sich dagegen der Formabrede bewußt waren und dennoch die formlose Vereinbarung mit dem Willen, sie solle gelten, getroffen haben, dann liegt darin sinngemäß die Aufhebung des vereinbarten Formzwangs wenigstens für diesen Fall."

Auch ERMAN [2] dürfte, obgleich er nicht klar Stellung bezieht, auf dieser Linie zu finden sein, wenn er zu der Ansicht, in einer mündlichen Abrede liege zugleich die konkludente Erklärung, von der Formbestimmung insoweit abzusehen, ausführt:

"Würde man eine "Aufhebung" durch schlüssige Erklärung in dieser Weise gestatten, dann würde der Sinn des Gesetzes und des gewillkürten Formzwangs eindeutig verletzt, weil fast alle ohne Einhaltung der Form geschlossenen Vereinbarungen gültig sein würden. Daraus ist zunächst die Regel abzuleiten, daß der Wille zur

---

1) LARENZ, AT § 27 I S. 412 Fußn. 3
2) ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963)

Aufhebung des Formzwangs nicht allein aus einem Abschluß ohne Einhaltung der Form geschlossen werden darf, dieser Wille aus zusätzlichen Kriterien erschlossen werden muß ...
Hier erhebt sich die Frage, ob die Parteien an die Möglichkeit eines Formzwangs nicht wenigstens gedacht haben müssen, wenn man aus ihrem Verhalten den Willen zur Aufhebung dieses Formzwangs schließen will ...
Es hängt von der grundsätzlichen Einstellung zum Begriff der Willenserklärung ab, ob man dergestalt auf innere Tatbestände beim Erklärenden ... abstellt, oder es genügen läßt, daß der Erklärungsgegner annehmen durfte, der Erklärende rechne mit dieser Möglichkeit (oder kenne positiv die Formfestsetzung) ...
In der Regel sollte der Formfestsetzung Respekt gezollt werden, in klaren Ausnahmefällen die formfreie Vereinbarung als wirksam anerkannt werden."

b) Die zweite der innerhalb der herrschenden, einschränkenden Literaturmeinung zu differenzierenden Ansichten verlangt als Mindestvoraussetzung für die Annahme einer konkludenten (partiellen) Aufhebung das Bewußtsein der Formbestimmung seitens der Parteien bei Zustandekommen der mündlichen Abrede. Ausnahmen werden nicht zugelassen.
So schon im Jahre 1928 WASSERTRÜDINGER[1]:

"Es reicht nicht aus, die Gültigkeit der Abrede damit zu begründen, daß eine stillschweigende Aufhebung stattgefunden hat. ... Es würde der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung einer Form, die § 125 BGB doch ausdrücklich als wirksam vorsieht, nicht die mindeste Bedeutung zukommen. Das kann unmöglich richtig sein ... den Parteien darf ... eine Aufhebung nicht unterstellt werden, an die beide oder wenigstens eine von ihnen gar nicht gedacht hat."

Auch NIPPERDEY[2] ist der Auffassung, eine konkludente Aufhebung der Formvereinbarung sei nur anzunehmen, "wenn die Parteien die Formfestsetzung kannten"[3].
Nicht anders Robert FISCHER[4]: Er meint, man müsse bei der Konstruktion einer konkludenten Außerkraftsetzung "doch wohl an dem Erfordernis festhalten, daß sich die Parteien dabei - in irgendeiner Weise - ihrer vertraglich auferlegten Formbindung bewußt geworden sind".

---

1) WASSERTRÜDINGER, JR 1928, 82 ff. (84)
2) ENNECERUS-NIPPERDEY, § 157 III, 1 S. 973
3) Hervorhebung nicht im Original
4) Robert FISCHER, LM Nr. 28 zu § 125 BGB (Anm. zu BGH 5. 2. 1968)

Schließlich schreibt SCHMIDT-SALZER[1]:

"Haben die Parteien bei der Einigung über die Änderungsabrede nicht an die Schriftformklausel gedacht, würde diese leerlaufen, wenn man sie negierte und würde die von den Parteien in dem Hauptvertrag gesetzte Regelung nicht verwirklicht."

c) Eine dritte Ansicht hält als Mindestvoraussetzung der Annahme einer konkludenten Außerkraftsetzung der Schriftformklausel für den Einzelfall einen dahingehenden Willen der Parteien für erforderlich.
So wohl v. TUHR[2], der meint, von einem schlüssigen Absehen von der vereinbarten Form könne nur dann gesprochen werden, wenn die Parteien die "verabredete Form nicht als verbindlich ansehen".
Klarer OERTMANN[3], der zur Aufhebung schreibt:

"einmal setzt es unbedingt Kenntnis der aufzuhebenden Formgebundenheit voraus, nicht minder einen nachweisbaren Aufhebungswillen".

Auch nach KRÜGER-NIELAND[4] soll eine Außerkraftsetzung des Formzwangs nur dann anzunehmen sein, "wenn ein hierauf gerichteter Wille der Parteien" vorliege. Schließlich ist auch COING[5] [6] der Ansicht, eine "entsprechende Absicht der Parteien" müsse bestehen.

3) Die Ansicht des OLG Königsberg

In der Entscheidung vom 24. 11. 1939[7] vertrat das OLG Königsberg die Ansicht, der vereinbarte Formzwang könne nur ausdrücklich außer Kraft gesetzt wer-

---

1) SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1258)
2) v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, S. 530 Fußn. 237 (folgend abgekürzt: v. Tuhr, AT), unveränderter Nachdruck der ersten Auflage 1914, Berlin 1957
3) OERTMANN, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927, § 127 Anm. 4 (folgend abgekürzt: OERTMANN, AT)
4) RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 30
5) STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5 a
6) KRÜGER-NIELAND und COING verweisen dabei auf RG 23. 11. 1942 DR 1943, 407 f. Das RG führte jedoch aus, die Absicht einer dauernd wirksamen Vertragsänderung (nicht: Aufhebung des Formzwangs!) müsse feststehen (vgl. oben S. 60); die gleiche Ungenauigkeit findet sich bei OLG Köln, 9. 11. 1962 MDR 1963, 498
7) OLG Königsberg 24. 11. 1939 HRR 1940, Nr. 349

den. Dies folge unter anderem daraus, daß die gewillkürte Form nicht allein der Beweissicherung, sondern auch dem Schutz der Parteien vor Überrumpelung durch mündlichen Abschluß diene.

4) Die Ansicht des OLG Braunschweig, OSWALDs, ROQUETTEs und EISNERs

Nach einer weiteren Ansicht ist die Schriftformklausel nur schriftlich aufhebbar, eine Außerkraftsetzung für den Einzelfall daher praktisch nicht möglich[1].

So wohl zuerst das OLG Braunschweig mit Urteil vom 27. 10. 1911[2], das seine These mit einem recht einfachen, sich als "logisches" Argument präsentierenden Gedanken stützt:

"Der vertragsmäßige Verzicht auf die ... Schriftformklausel bedurfte ... als Änderung des Vertrages infolge der vorgängigen bindenden Parteifestsetzung zu seiner Gültigkeit ebensowohl der Schriftform, wie dies jede andere Änderung bedurfte."

Ähnlich in neuerer Zeit OSWALD[3]:

"Die Vertragsparteien haben vereinbart, daß Änderungen und Ergänzungen eines schriftlich abgeschlossenen Vertrages nur dann Rechtswirkung haben sollen, wenn sie schriftlich erfolgen; ... daraus aber folgt unweigerlich, daß auch die Vereinbarung, nach der dieses Schriftlichkeitserfordernis entfallen soll, ebenfalls der Schriftform bedarf, denn diese Abrede ist eine Änderung des Vertrages ..."

Auch ROQUETTE forderte schon im Jahre 1940[4] Schriftlichkeit für die Aufhebung der Schriftformklausel.
Vom langfristigen Mietvertrag ausgehend meinte ROQUETTE, die Unwirksamkeit mündlicher Abreden liege "in dem Zweck und Sinn der Schriftformklausel notwendigerweise begründet" und fuhr dann, im Hinblick auf die nach seiner Ansicht drohende Gefahr des Verlustes der Schriftlichkeit iSd § 566 BGB schon durch die Aufhebung der Formvereinbarung, fort:

"Es ist also davon auszugehen, daß die Schriftformklausel nicht durch mündliche

---

1) die Formklausel schriftlich für einzelne Abreden aufzuheben, wäre für die Parteien idR wertlos, da dann die fraglichen Abreden ebensogut schriftlich niedergelegt werden könnten.
2) OLG Braunschweig 27. 10. 1911 ROLG 24, 355
3) OSWALD, ZMR 1960, 198 ff. (199)
4) ROQUETTE, DR 1940, 961 ff. (962)

oder stillschweigende Vereinbarung aufgehoben werden kann."

Während ROQUETTE sich später allerdings der in der Entscheidung vom 23. 11. 1942 geäußerten Ansicht des Reichsgerichts[1] anschloß[2], die mündliche Aufhebung der Schriftformklausel also für möglich hielt, ist er inzwischen zu der früher geäußerten Meinung zurückgekehrt[3]:

"Es ist zweifellos richtig, daß die Parteien eine Bindung, die sie sich selbst vertraglich auferlegt haben, auch wieder aufheben können. Das muß dann aber auf dem Wege geschehen, den sie sich selbst vorgezeichnet haben. Die Schriftformklausel muß durch eine schriftliche Vereinbarung aufgehoben werden. Erst wenn so die selbstgeschaffene Bindung beseitigt ist, wird Platz für mündliche Nachtragsvereinbarungen gewonnen."

Der wohl gründlichste positive Beitrag zur Theorie der nur schriftlichen Aufhebung der Schriftformklausel stammt aus der Feder EISNERs[4].
In seiner Kritik an der Rechtsprechung des BGH meint EISNER, eine vertragliche Änderung sei mit Hilfe des erfahrungsgemäß unzuverlässigen Zeugenbeweises häufig zu beweisen; da der BGH in diesen Fällen eine konkludente Außerkraftsetzung der Schriftformklausel für den Einzelfall annehme, mündliche Abreden also ungeachtet der Formklausel stets wirksam seien, müsse deren beabsichtigte Schutzwirkung versagen.
Eine befriedigende Lösung, so EISNER, müsse daher den Willen der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses zugrundelegen.
Zu berücksichtigen sei,
"daß doch beide Parteien bei Vertragsschluß[5] gerade "maßgeblich wollten", es dürfe nicht dazu kommen, daß eine von ihnen während der Erfüllung der Vertragsverpflichtung lediglich auf Grund von Zeugenbekundungen[6] eine behauptete, von der anderen Partei bestrittene Abänderung des Vertrages durchsetzen könne, und daß der Gesetzgeber in § 125 BGB die Wirksamkeit einer solchen essentiellen Vereinbarung ausdrücklich anerkannt hat.

---

1) RG 23. 11. 1942 DR 1943, 487 f. (vgl. dazu oben S.52
2) ROQUETTE, DR 1943, 488 (Anm. zu RG 23. 11. 1942)
3) ROQUETTE, Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Systematischer Kommentar, Tübingen 1966, § 566 Rdz. 61
4) EISNER, NJW 1969, 118 ff.
5) Hervorhebung nicht im Original
6) Hervorhebung nicht im Original

EISNER fährt fort:

"Das Argument, die Parteien könnten jederzeit das Formerfordernis durch contrarius consensus wieder außer Kraft setzen, übersieht m. E., daß der wirkliche Wille der Parteien (§ 133 BGB) darauf gerichtet war [1], die Schriftformklausel zu einer überrangigen Rahmennorm für das Vertragsverhältnis zu erheben - gleichsam zu einer vertraglichen Verfassungsnorm [2] -, die nur durch das qualifizierte Medium der schriftlichen Vereinbarung abgeändert werden kann. Dies den Parteien zu versagen, führt in Wirklichkeit zu einer Beschränkung [3] ihrer Vertragsfreiheit [4], die weder vom Gesetzgeber gewollt noch systematisch oder teleologisch gerechtfertigt ist[5]. ... Wünschen beide Parteien später, daß auch mündliche Abänderungen ihres Vertrages gültig sein sollen, so bedarf es lediglich einer kurzen schriftlichen Fixierung einer solchen Abrede."[6] [7]

5) Eigene Stellungnahme

Die zur konkludenten Außerkraftsetzung der Formklausel für den Einzelfall vertretenen, vielfältigen Ansichten unterscheiden sich wesentlich in dem eingeschlagenen Lösungsweg. Während in der Mehrzahl der Beiträge die Frage aufgeworfen wird, an welche Kriterien die Voraussetzungen einer solchen stillschweigenden Aufhebung der vereinbarten Form zu knüpfen sind, erübrigt sich diese Prüfung bei denen, die die Außerkraftsetzung der Schriftformklausel von vornherein an eine bestimmte Form (Ausdrücklichkeit bzw. Schriftlichkeit) zu binden bestrebt sind.

a) Die Meinung des OLG Königsberg, das Ausdrücklichkeit der Aufhebungserklärungen fordert, stößt schon wegen der kaum möglichen exakten Grenzziehung zwischen

---

1) Hervorhebung nicht im Original
2) Hervorhebung nicht im Original
3) Hervorhebung nicht im Original
4) Hervorhebung nicht im Original
5) EISNER, NJW 1969, 118 ff. (119 f.)
6) EISNER, NJW 1969, 118 ff. (121)
7) differenzierend BOERGEN (BB 1971, 202 ff.), nach dessen Meinung zu unterscheiden ist zwischen der von ihm ebenfalls bejahten Frage, ob die Parteien in der Lage sind, eine nur schriftlich aufhebbare Formklausel zu vereinbaren, und dem Problem, ob die Auslegung der Schriftformklausel im Einzelfall zu der Annahme einer derartigen Bedeutung führt. BOERGEN (aaO., S. 204) schlägt vor, einer Formbestimmung, die nach dem Parteiwillen mündlich nicht aufhebbar sein soll, einen entsprechenden Zusatz hinzuzufügen. Dazu unten S. 69ff.

ausdrücklicher und konkludenter Willenserklärung[1] auf gewisse Bedenken[2].

Da in der Beschränkung auf die Ausdrücklichkeit ferner ein atypischer Einbruch in die Dogmatik der Willenserklärung liegt, wird unten noch[3] zu prüfen sein, ob dies durch zwingende Vorteile der vom OLG Königsberg vorgeschlagenen Lösung geboten ist, ob die mit der Schriftformklausel verfolgten Zwecke anders, d. h. bei Zulassung auch der schlüssigen Außerkraftsetzung, nicht erreichbar sind.

Die Theorie der nur schriftlichen Aufhebung wird mit mehreren Argumenten gestützt. Davon verharrt das erste, "logische", das vom OLG Braunschweig, von OSWALD und in Ansätzen auch von ROQUETTE angeführt wird, im Vorfeld des Problems; übersehen wird, daß das Kernproblem bei der Frage, ob die Schriftformklausel mündlich aufhebbar ist, in der Tragweite des Grundsatzes der Privatautonomie liegt.
Hierbei ist zu unterscheiden:

Soweit man den bisher ganz herrschenden Begriff der Privatautonomie zugrundelegt, wird anzunehmen sein, daß die Parteien gegenüber der von ihnen autonom gesetzten Regelung souverän bleiben, das spätere Einverständnis den früheren Parteiwillen überwindet. Hieraus würde folgen, daß die Beteiligten die Formklausel ebenso, wie sie dieselbe zu vereinbaren imstande waren, nämlich mündlich, aufheben können. Die Rechtsfolgen der konstitutiven Form könnten also im Hinblick auf die Abrede, welche die Formklausel liquidiert, nicht eingreifen[4]. Die Möglich-

---

1) dazu oben S. 49 Fußn. 3, S. 50 Fußn. 1
2) ebenso KÖTZ, JZ 1967, 288 ff. (289 f.) (Anm. zu BGH 19. 9. 1966); vgl. auch ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963) m.N.
3) vgl. sogleich unten S. 71
4) ebenso SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1258): "Im Gegensatz zu den sonstigen Vertragsbestimmungen wird die Schriftformklausel selbst von dem durch sie gewährten Abänderungsschutz nicht erfaßt." Der Versuch SCHMIDT-SALZERs (aaO.), dieses Ergebnis mit einer den Parteiwillen zur Zeit der Vereinbarung der Formklausel zugrundelegenden, teleologischen Auslegung zu erreichen, muß freilich erfolglos bleiben.

keit schriftlicher Aufhebung aber war nie in Frage gestellt[1].

Will man dieses Ergebnis vermeiden, so muß man den Begriff der Privatautonomie anders interpretieren. Dies wird allein von EISNER klar erkannt[2], der hierzu mit beachtlicher Präzision[3] ausführt, Privatautonomie bedeute auch die Möglichkeit einer dem späteren Parteiwillen entzogenen, d. h. unaufhebbaren Selbstbindung.
Ob eine derartige Definition tatsächlich als wünschenswerte Erweiterung der autonomen Gestaltungsbefugnisse angesehen werden kann, erscheint allerdings sehr zweifelhaft, da sie zwangsläufig gekoppelt ist mit einer schweren Einschränkung der Parteiautonomie; eine früher gesetzte Regel würde zum verselbständigten, für die Schöpfer unantastbaren Souverän über den späteren Parteiwillen.
Mit welcher Berechtigung aber sollte die Fähigkeit der Vertragsparteien, welche grundsätzlich die höchste Instanz für die Regelung ihrer Beziehungen sind, "zu eigener und selbstverantwortlicher Gestaltung ihres Daseins"[4] insoweit erlöschen?

Auch eine derartige, revolutionäre Wandlung des Begriffs der Parteiautonomie erscheint - wenngleich auf den Bereich der Form beschränkt - nur dann diskutabel, wenn hierzu tatsächlich, wie EISNER meint, eine Notwendigkeit besteht, d. h. die konstitutive Form bei Zulassung mündlicher Aufhebung leerzulaufen droht.

Vor einer endgültigen Stellungnahme zu den vom OLG Königsberg und fundiert allein von EISNER vertretenen, eine besondere Form der Aufhebung fordernden Theorien

---

1) Die Problematik erscheint dadurch verschleiert, daß Ausgangspunkt eine Formabrede ist, was eine vergleichbare Klausel, etwa "Änderungen des Vertrages sind nichtig", verdeutlicht. Niemand würde wohl ernsthaft daran zweifeln wollen, daß diese Klausel von den Parteien einverständlich beseitigt werden kann, obwohl sich auch dies als Änderung des Vertrages darstellen würde.
2) das nötige Problembewußtsein scheint auch bei BOERGEN (BB 1971, 202 ff., vgl. oben S. 68 Fußn. 7) zu fehlen, der lapidar bemerkt: "Im übrigen ist eine Vertragsverfassung überflüssig. Es reicht aus, die Klauseln als gleichrangige Vertragsnorm zu vereinbaren; denn die inhaltlichen Normen stehen bereits unter dem Diktat der Schriftform. ... Eisners Frage nach der Zulassung vertraglicher Vereinbarung der Schriftform für den actus contrarius erlaubt eine positive Antwort, weil die Privatautonomie nicht nur das "Ob" der Schriftformklausel, sondern als minus auch das "Wie" ihres Bestandes erfaßt." (aaO. S. 204)
3) ebenso PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 2 a
4) LARENZ, AT § 7 IV S. 91

ist also zu prüfen, ob nicht auch bei Zulassung mündlicher, auch konkludenter Außerkraftsetzung der Schriftformklausel, vernünftige Ergebnisse zu erzielen sind.

b) Da die Schwierigkeiten vor allem in dem konkludenten Ausnehmen einzelner Abreden von der vereinbarten Form liegen, bedarf es der Suche nach dessen Mindest voraussetzungen.

Kann, wie es der h. M. entspricht, eine stillschweigende Ausnahme vom Formzwang allein in einer "ernsthaft" gewollten und klar beweisbaren mündlichen Abrede gesehen werden?

Mit der in der Literatur wohl überwiegenden Meinung ist diese Ansicht, die tatsächlich geeignet ist, die Vereinbarung konstitutiver Schriftform jeden Wertes zu berauben, abzulehnen.
Die Begründung hierfür, die aus der Systematik des Rechts der Formbestimmungen folgt, wurde bereits oben bei der ähnlichen Frage der konkludenten Einschränkung des Formumfangs näher ausgeführt[1] und soll hier kurz wiederholt werden:
Nach der Konzeption des Gesetzes kann die formwidrige Abrede nur den Tatbestand der Schriftformklausel ausfüllen, ihn jedoch nicht gleichzeitig entfallen lassen.

Die von der herrschenden Meinung befürwortete Identifikation der Voraussetzung für das Eingreifen der Formbestimmung mit der Voraussetzung für ihre Außerkraftsetzung bedeutet nichts anderes, als daß man den § 125 Satz 2 BGB vermittels einer scheinlegalen Hilfskonstruktion[2] mittelbar[3] aus den Angeln hebt[4] [5].

---

1) vgl. oben S. 56
2) vgl. FLUME, AT 2 § 15 III, 2 S. 266 Fußn. 53: "Reine Konstruktion"
3) ungenau OERTMANN (AT § 127 Anm. 4), der meint, es spreche nach § 125 Satz 2 BGB eine Vermutung dafür, daß der Formzwang nicht aufgehoben ist. Er verkennt, daß eine Außerkraftsetzung schon den Obersatz der Vorschrift, den "Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form", entfallen läßt. Scheinlegalität bleibt also gewahrt.
4) auch das dieser Paralysierung der konstitutiven Form offenbar zugrundeliegende Motiv, in der Geltendmachung der Unwirksamkeit mdl. Abreden sei ein relevantes venire contra factum proprium zu sehen, übersieht Entscheidendes, vgl. dazu unten S. 123 ff. zu § 242 BGB.
5) abzulehnen auch EISNER (vgl. oben S. 62 Fußn. 3), der offenbar meint, eine unbestrittene sei eine vom Formzwang ausgenommene Abrede. Das Nichtbestreiten der Existenz einer mündlichen Abrede verdeutlicht zunächst nur die Relevanz der konst. Wirkung der Form. Eine ganz andere Frage ist, ob hierin u. U. ein Fall der Zweckerreichung zu sehen ist, vgl. dazu unten S. 120 ff.

Hierüber kann auch nicht die Absicht, an die Ernsthaftigkeit des Wollens und an den Beweis mündlicher Vereinbarungen hohe Anforderungen zu stellen, hinwegtäuschen, da einerseits jede rechtlich relevante Abrede ernsthaft gewollt sein muß[1], zum anderen die verbleibenden, bloß beweisrechtlichen Folgen der Formverletzung mit der Vereinbarung konstitutiver Schriftform nicht vereinbar sind[2].
In dieser Beseitigung der gewillkürten, konstitutiven Schriftform liegt der bedauerliche Verzicht auf die Lösung des Kernproblems jeder Form, nämlich die notwendige Grenzfindung zwischen der sinnvollen Erreichung der mit der Form verfolgten Zwecke und einem lebensfeindlichen, beengenden Formalismus.

Zweifellos erscheint gerade dann, wenn die Beteiligten sich bei einer Änderungsabrede der früher vereinbarten Formklausel nicht einmal mehr bewußt sind, das Bestreben in gewisser Weise verständlich, solche mündlichen Vereinbarungen aufrechtzuerhalten; eine konkludente Außerkraftsetzung jedenfalls kann hierin jedoch nicht gesehen werden. Die Frage, ob in diesen Fällen über § 242 BGB zu helfen ist, wird unten noch näher behandelt[3].

Zur Annahme einer stillschweigenden Aufhebung der Formklausel für den Einzelfall sind folglich weitere, rechtlich relevante Umstände erforderlich.

Zu prüfen ist dabei zunächst, ob das beidseitige Bewußtsein der Formbestimmung beim Zustandekommen der formlosen Änderung des Vertrages als ein solcher Umstand anzusehen ist. Ist das Treffen einer mündlichen Abrede in dem Bewußtsein, daß diese nach den Parteivereinbarungen an sich der Schriftform bedarf, zwangsläufig mit dem Willen zur (partiellen) Außerkraftsetzung der Formbestimmung verbunden?
M. E. ist auch dies zu verneinen. Denn das Verhalten der Parteien läßt in diesem

---

1) in diesem Sinne auch ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6.1963); KÖTZ, JZ 1967, 288 ff. (Anm. zu BGH 19. 9. 1966); EISNER, NJW 1969, 118 ff. (119)
2) der nächste, konsequente Schritt zur Negation der konstitutiven Form, vom BGH für den Bereich des Gesellschaftsrechts bereits getan (vgl. BGH 5. 2. 1968 BB 1968, 607 f.), ist die "Auslegung" der Formklausel als nur deklaratorische Formbestimmung (dazu oben S. 15 f.)
3) vgl. unten S. 123 ff.

Fall doch weit eher den Schluß zu, daß sich hier ein Verzicht auf die Erzwingbarkeit der formlosen Vereinbarung, d. h. ein mangelnder Rechtsfolgewille[1], manifestiert!

Anders jedoch, wenn die Beteiligten die formlose Abrede mit dem beiderseitigen Willen treffen, diese vom Formzwang auszunehmen. Der hier vorliegenden subjektiven Finalität die Anerkennung zu versagen, besteht kein Anlaß. Hierin wird, wenn nicht die Bedeutung der gewillkürten, konstitutiven Form ausgehöhlt werden soll, zugleich grundsätzlich die Mindestvoraussetzung für die Annahme einer stillschweigenden partiellen Außerkraftsetzung der Formklausel liegen.
Auch insoweit gilt jedoch das bereits oben zur konkludenten Einschränkung des Formumfangs Gesagte[2]:

Da letztlich die allgemeine Dogmatik der Willenserklärung angesprochen ist[3], mag der mangelnde dahingehende Wille wegen des Prinzips der Selbstverantwortung[4] in Ausnahmefällen ersetzbar sein. Die besondere Nachdrücklichkeit mündlicher Zusicherungen[5] kann in diesem Zusammenhang im Einzelfall von Bedeutung sein, dürfte jedoch mangels Präzisierbarkeit als pauschaler Abgrenzungsmaßstab ausscheiden[6].

Generell wird die Frage nach der Zurechnung eines Aufhebungswillens dem konkreten Einzelfall zu überlassen sein, wobei jedoch besondere Zurückhaltung angebracht ist. Denn der vorgängig erklärte Parteiwille, sämtliche vom Zweck erfaßten Willenserklärungen der Schriftform zu unterwerfen, verträgt sich kaum mit der Fiktion eines Willens, einzelne Abreden nachträglich vom Formzwang auszunehmen.

---

1) Auch im Rahmen der gesetzlichen Form wird aus einer Formverletzung in Kenntnis der Formbestimmung auf mangelnden Rechtsfolgewillen geschlossen, und dem durch die Unwirksamkeitsfolge des § 125 Satz 1 BGB Geschädigten mit § 242 BGB daher nicht geholfen, vgl. etwa RG 21. 5. 1927 RGZ 127, 121 ff.; BGH 25. 9. 1957 BB 1957, 1123; BGH 15. 11. 1960 WM 1961, 179 ff. (180); ausdrücklich unter Hinweis auf das Fehlen des Rechtsfolgewillens etwa BGH 9. 3. 1965 BGHZ 45, 376 ff.; FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 279 f.; MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 8 III, 1 S. 63 f.; anders BGH 27. 10. 1967 BGHZ 48, 396 ff.
2) vgl. oben S. 57
3) ebenso ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963)
4) dazu ausführlich etwa FLUME, AT 2 § 4 S. 45 ff.
5) vgl. LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 220 (zur konkl. Einschränkung des Formumfangs, vgl. oben S. 55)
6) vgl. näher oben S. 55 (zur konkl. Einschränkung des Formumfangs)

Darüber hinaus ist der Gefahr zu begegnen, die ohnehin pathologische Erscheinung der normativ zugerechneten Willenserklärung zu scheinbegründeten[1] Hilfslösungen des Formproblems heranziehen zu wollen.

c) Das gefundene Ergebnis bleibt nicht ohne Folgen für die Lösung des eingangs schon angesprochenen Problems der F o r m der Aufhebungsabrede. Weist man die von der h. M. vertretene, schrankenlose Annahme einer konkludenten Außerkraftsetzung für mündliche Vertragsänderungen zurück und verlangt grundsätzlich zumindest einen Aufhebungswillen, so besteht ein Anlaß, atypischerweise Ausdrücklichkeit bzw. Schriftlichkeit der Aufhebungsabrede zu fordern, nicht. Denn grundsätzlich wird nur dem autonomen Parteiwillen Rechnung getragen[2]; die in seltenen Ausnahmefällen erfolgende normative Zurechnung eines Außerkraftsetzungswillens dagegen wird vom Prinzip der Selbstverantwortung gefordert. Auch die von EISNER beklagte Gefährdung der Effektivität der Schriftformklausel durch die Fragwürdigkeit der Zeugenaussage scheidet aus[3].
Sinn und Zweck der Schriftformklausel bleiben so gewahrt.

Die Notwendigkeit einer besonderen Form der Aufhebung dürfte daher[4] zu v e r -

---

1) auf die Gefahr der Scheinbegründung i. Rd. konkludenten Willenserklärung weist allgemein LARENZ (AT § 25 III S. 361) hin.
2) dies dürfte auch im Sinne des OLG Königsberg sein, denn mehr ist auch durch das Verlangen nach Ausdrücklichkeit kaum erreichbar.
3) Ein Zeuge kann möglicherweise über die Existenz einer mündlichen Vertragsänderung falsches Zeugnis ablegen, sieht man jedoch in der mündlichen Abrede allein nicht die schlüssige Aufhebung für den Einzelfall, so bleibt die Wirksamkeit der konstitutiven Form von einer derartigen Aussage unberührt. Ob die Parteien bei ihrer mündlichen Vereinbarung aber den Willen zur Aufhebung der vereinbarten Form haben, entzieht sich jedenfalls der Wahrnehmung eines Zeugen (ebenso KÖTZ, JZ 1967, 288 ff., Anm. zu BGH 19. 9. 1966). Die Schriftformklausel darüber hinaus gegen fälschliche Zeugenbekundungen eine Außerkraftsetzungsabrede betreffend zu schützen, besteht kein Anlaß, da insoweit kein Formspezifikum, sondern allgemein die Problematik der Zeugenaussage angesprochen ist.
4) Der vor allem EISNER unterlaufene Grundfehler liegt eben darin, daß er die Möglichkeit mündlicher Aufhebung der Formklausel mit der h. M. identifiziert. Die somit unvermeidbar erscheinende Folge, den Begriff der Privatautonomie modifizieren zu müssen, schießt jedoch, da den neuralgischen Punkt des Problems, nämlich das Wuchern der normativen Willenserklärung, verkennend, weit über das gesteckte Ziel hinaus. Ähnliches dürfte für das OLG Königsberg gelten.

neinen sein.

d) Ergebnis

Mit der ganz herrschenden Meinung ist davon auszugehen, daß die Schriftformklausel mündlich, auch durch schlüssiges Verhalten, aufgehoben werden kann.

Mindestvoraussetzung für die Annahme einer konkludenten Außerkraftsetzung für den Einzelfall ist grundsätzlich ein dementsprechender Wille der Parteien.

Dieser Wille ist zwar ersetzbar durch weitere, besondere Umstände des Einzelfalls, welche die normative Zurechnung eines Willens zur Aufhebung des Formzwangs für einzelne Abreden zulassen, dies muß jedoch seltene Ausnahme bleiben.

III. Die Wirkung der Vereinbarung konstitutiver Schriftform

1) Grundsatz: Nichtigkeit mündlicher Abreden

Der Begriff der Nichtigkeit in § 125 Satz 2 BGB

Die Verletzung der konstitutiven Schriftformklausel führt gemäß § 125 Satz 2 BGB zur "Nichtigkeit" mündlicher Abreden[1].

---

1) h. M., vgl. etwa STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 6; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 14; PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 2 a; LARENZ, AT § 27 I S. 412; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 157 III S. 972; a. A. FLUME (AT 2, § 15 III, 2 S. 264 ff.), der der Mißachtung der vereinbarten Form nur beweisrechtliche Folgen zuordnen will. FLUME meint, die Vorstellung, zur Wirksamkeit einer Vereinbarung sei die Formwahrung notwendig, verkenne, "daß die rechtsgeschäftliche Bindung die Parteien in ihren privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten nicht beschränken" könne (aaO., S. 265).
Die Bestimmung des § 154 Abs. 2 BGB weise den richtigen Weg:
"Die Wahrung der Form ist "im Zweifel" das Kriterium, ob nach dem Einverständnis der Parteien überhaupt schon ein Vertrag geschlossen sein sollte." (aaO., S. 265) FLUME (aaO., S. 265/266) fährt fort: "Auch betreffs der formlosen Nebenabreden zu einem Vertrage ... ist nur festzustellen, ob die Nebenabrede nach dem bei Vertragsschluß bestehenden Einverständnis der Parteien gelten

Der Begriff der "Nichtigkeit" soll, da bisher weder allgemein, noch im Bereich der Form vollständig geklärt, im folgenden einer näheren Anlayse unterzogen werden.

---

sollte. Ist dies entgegen der Vermutung, welche für die Vollständigkeit der der Form unterworfenen Regelung besteht ... zu bejahen, so gilt die Nebenabrede." (ebenso, FLUME offenbar nicht bekannt, KG 14. 2. 1910 ROLG 20, 192 f.)
Die Ansicht FLUMEs dürfte jedoch mit der Auslegung des § 125 Satz 2 BGB, auf die er selbst sich beruft, kaum vereinbar sein:
(1) Die Formulierung "gleichfalls" verweist eindeutig auf die in Satz 1 des § 125 BGB angeordneten Rechtsfolgen, die nach FLUME jedoch völlig anderer Natur wären. Auch hätte der Mangel der vereinbarten Form nach FLUME nicht "Nichtigkeit zur Folge", sondern wiese lediglich auf das tatsächliche Fehlen mündlicher Abreden hin.
(2) Nicht nur die äußere Stellung der Bestimmung als Satz 2 zu § 125 Satz 1 BGB widerspricht FLUME, sondern darüber hinaus ist der systematische Zusammenhang mit § 154 Abs. 2 BGB unergiebig: Der unterschiedliche Wortlaut der §§ 125 Satz 2, 154 Abs. 2 BGB ist auf die zur Zeit der Entstehung des BGB herrschende, uneingeschränkte Gleichsetzung des nichtigen mit dem Nicht-Geschäft (dazu sogleich unten S. 77 ff.) zurückzuführen. Es regt sich der Verdacht, als solle hier eine Behauptung mit der anderen gestützt werden. Auch hätten die §§ 125 Satz 2, 154 Ahs. 2 BGB nach FLUME keinen rechten Sinn, denn "im Zweifel" ist eine mündliche Vereinbarung doch sowohl bei einfachem mündlichen Vertragsschluß, als auch bei schriftlichem Abschluß (einfache Vermutung der Richtig- und Vollständigkeit, vgl. oben S. 35), als auch iRd Schriftformklausel (verstärkte bzw. einfache Vermutung der Richtig- und Vollständigkeit, vgl. oben S. 35 ff., 43) ohnehin nicht zustandegekommen.
(3) § 125 Satz 2 BGB hat erkennbar den Sinn, dem Zweck der vereinbarten Form Rechnung zu tragen (Nachweise oben S.8 Fußn. 3). Daß die der Schriftformklausel zugrundeliegenden Zwecke in aller Regel, soweit über die Formklausel eine individuelle Einigung getroffen wird, zur Annehme konstitutiver Form führen, wurde bereits oben (S.11ff.) dargelegt.
(4) Schließlich widerspricht auch die historische Auslegung FLUMEs Ansicht (vgl. MUGDAN I, S. 183).

Nach allem dürfte FLUMEs "Theorie der nur deklaratorischen Form" abzulehnen sein (ebenso LARENZ, AT § 27 I S. 412 Fußn. 3).

a) Der allgemeine Begriff der Nichtigkeit im BGB

(1) Der erste Entwurf zum BGB (1888) enthielt in § 108 folgende Regelung:

"Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Folgen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre."

Die Bestimmung wurde von der zweiten Kommission gestrichen; glaubte man einerseits, den § 108 fallenlassen zu können, weil der Begriff der Nichtigkeit in der Wissenschaft feststehe und deshalb einer eingehenden Definition nicht bedürfe, so fügte man doch andererseits hinzu, es sei zu befürchten, "die im Entwurf versuchte Begriffsentwicklung könne hinsichtlich des Passus 'in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen' beanstandet werden"[2].

Dies zeigt den schon damals schwelenden Streit um Begriff und Rechtsfolgen der Nichtigkeit auf, der bis zum heutigen Tag nicht endgültig beigelegt ist, durch die Entwicklung seit der Jahrhundertwende vielmehr neue Nahrung bekommen hat.

Die herrschende Lehre war damals der Meinung, das nichtige Geschäft sei ein Nullum, ein rechtliches Nichts[3], "welches für die Rechtsordnung nicht existiert"[4]. Man setzte das nichtige mit dem Nicht-Geschäft gleich[5].

Die Vorschriften der §§ 122, 307, 309 BGB, Ausdruck der Problematik dieser Gleichsetzung, da ihnen zu entnehmen ist, daß das nichtige Rechtsgeschäft durchaus Entstehungsgrund gewisser Rechtsfolgen ist, können auf dem Boden dieser herrschenden Meinung nur als Fälle gesetzlicher Haftung bezeichnet werden[6].

---

1) Mot. Bd. I S. 216
2) Prot. I S. 260 f.; MUGDAN I, S. 726
3) JACOBI, Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte, Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechts, AcP 86, 51 ff. (71)
4) MITTEIS, JherJb 28, 85 f.; vgl. auch RG 18. 3. 1905 RGZ 60, 285 ff. (288)
5) vgl. etwa die unterschiedliche Terminologie in den §§ 125 Satz 2 und 154 Abs. 2 BGB
6) vgl. LARENZ, AT § 29 I S. 446; PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Amts- und Parteinichtigkeit von Rechtsgeschäften, - Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht, Göttingen 1966, S. 31 (folgend abgekürzt: PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen); COLLIER, Nichtigkeit und Unwirksamkeit im System der bürgerlichen Rechtsordnung, Jur. Diss. Hamburg 1967, S. 25; vgl. auch FLUME, AT 2 § 30 S. 548

Andere Autoren waren hingegen schon zu jener Zeit der Ansicht, die Nichtigkeit sei nicht auf die Willenserklärung selbst, sondern nur auf deren rechtliche Wirkungen zu beziehen[1].

Sie versuchten, das nichtige Rechtsgeschäft zu trennen in einen wirksamen, allerdings allein nicht lebensfähigen, und einen nichtigen Teil[2]. MANIGK etwa unterschied den äußeren Geschäftsabschluß von dessen Wirksamkeitsvoraussetzungen[3], die erst in Verbindung mit dem Tatbestand der übereinstimmenden Willenserklärungen den Gesamttatbestand entstehen lassen sollten; die Rechtsfolgen der Nichtigkeit seien also an einen abtrennbaren Teil des noch nicht vollwirksamen Geschäfts zu knüpfen[4].

Dem Grundsatz der herrschenden Lehre, das nichtige Rechtsgeschäft sei rechtlich nicht vorhanden, entsprach die Praxis in der Zeit der Entstehung des BGB.
Die Parteien wurden behandelt, als sei ihr Verhältnis vertragslos; erbrachte Leistungen unterlagen der Kondiktion, wobei nach den Grundsätzen der Zweikondiktionentheorie die Leistungen unabhängig voneinander rückabgewickelt wurden. Eine synallagmatische Verbindung iRd Rückabwicklung wurde geleugnet[5].

(2) In der Entwicklung seit 1900 wurde jedoch - nicht zuletzt unter dem Einfluß der Interessenjurisprudenz[6] - die Forderung, die Parteien eines nichtigen Geschäfts seien so zu stellen, als hätten sie ein solches nie abgeschlossen, in weiten Bereichen aufgegeben.

---

1) vgl. etwa JHERING, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, JherJb 4, 1 ff. JHERING (aaO., S.29 ff.) führte aus, die Nichtigkeit werde nach dem Hauptzweck des Vertrages bestimmt, im übrigen sei dieser wirksam; vgl. auch HÖLDER, Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über die Person, JherJb 42, 1 ff.; HENLE, Das Anwendungsgebiet der Anfechtung wegen Drohung, Festschrift für Ernst Zitelmann, Zweite Abteilung, München/Leipzig 1913, S. 38
2) vgl. EHLERT, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit im BGB, Greifswald 1919, S. 162
3) MANIGK, Art. "Tatsachen, Juristische", HdwRWiss V, S. 847 ff. (855)
4) MANIGK, Art. "Rechtswirkung", HdwRWiss IV, S. 753 ff. (758); ders. Art. "Unwirksamkeit, Ungültigkeit", HdwRWiss. VI, S. 292 ff. (295, 301)
5) vgl. etwa RG 15. 10. 1904 RGZ 59, 92 ff. (93)
6) WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 547 ff. (folgend abgekürzt: WIEACKER, Privatrechtsgeschichte)

Der erste[1] Einbruch in die strikten Rechtsfolgen der Nichtigkeit war die schon früh in der Rechtsprechung entwickelte[2] Saldotheorie, die dazu führte, ein Synallagma dort entstehen zu lassen, wo es nach den Vorstellungen der herrschenden Meinung eigentlich nicht bestehen konnte[3].

Für den Bereich der Dauerschuldverhältnisse wurde der heute wohl unbestrittene Grundsatz entwickelt, daß nach Invollzugsetzung eines Vertrages, dessen Mängel nach den allgemeinen Regeln zur Nichtigkeit führen, dieser für die Vergangenheit als bestehend zu behandeln, nur für die Zukunft vernichtbar ist[4]. Ausnahmen gelten nur, wenn der Zweck der Nichtigkeitsnorm dem gerade entgegensteht[5].

In der von HAUPT[6] entwickelten Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, oder anders ausgedrückt, den "Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten"

---

1) zu der Aufrechterhaltung nichtiger Gesellschaftsverträge des Handelsrechts vor 1900, die u. a. aus "rechtspolizeilichen Gründen" erfolgte, vgl. PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 12 m.w.N.

2) RG 18. 3. 1905 RGZ 60, 284 ff. (291, 293); RG 24. 3. 1915 RGZ 86, 343 ff. (346); RG 26. 2. 1910 JW 1910, 283; RG 5. 5. 1911 JW 1911, 583; kritisch dazu etwa OERTMANN, Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften, DJZ 1915 Sp. 1063 ff. (1066); ebenso v. TUHR, Der 86. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, DJZ 1916, Sp. 582 ff. (584 f.)

3) "faktisches Synallagma", vgl. BLOMEYER, Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik, AcP 154, 527 ff. (535 ff.); v. CAEMMERER, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel (1954), Tübingen, S. 384 ff.; vgl. auch FLUME, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen, (1953), S. 155 ff.

4) RG 5. 3. 1935 JW 1935, 2617; RG 13. 1. 1941 RGZ 166, 51 ff. (59); BGH 24. 10. 1951 BGHZ 3, 285 ff. (288); BGH 29. 11. 1952 BGHZ 8, 157 ff. (166 f.); BGH 28. 11. 1955 BGHZ 11, 190 ff.; BGH 6. 2. 1958 BGHZ 26, 330 ff. (335); HAUPT, Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Siber, Bd. II Leipzig 1943, S. 1 ff. (16 ff.); HUECK, Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der OHG, AcP 144, 1 ff.; ERMAN, Personalgesellschaften auf mangelnder Vertragsgrundlage, (1947), S. 1 ff.; BEITZKE, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede 1948, S. 4 ff.; SIMITIS, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1957, S. 107 ff., 263 ff.; BROX, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung - Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und deren Auslegung, Karlsruhe 1960, S. 214 ff.

5) vgl. etwa BGH 24. 10. 1951 BGHZ 3, 285 ff. (288); PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 15 m.w.N.

6) HAUPT, Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschr.für Heinrich Siber, Bd.II Leipzig 1943, S.1 ff. (21 ff.); ders. ZAkDR 1943, 238 f. (Anm. zu OLG Danzig 4.12. 1942)

wird auf den Vertragsschluß überhaupt verzichtet; ausreichend für die Bindung der Parteien soll vielmehr die tatsächliche Inanspruchnahme einer Leistung sein[1].

Die zunächst erfolgte Beschränkung auf die Bereiche der Daseinsvorsorge und des Massenverkehrs lockerte der Bundesgerichtshof durch die Anwendung der Grundsätze des sozialtypischen Verhaltens auf Erb- und Hofübergabeverträge[2].

Die Beispiele dieser Entwicklung, die man mit "Einschränkung der Nichtigkeit" überschreiben könnte, ließen sich fortsetzen mit der Nichtanwendung des § 139 BGB im Falle der Nichtigkeit einzelner, auch wesentlicher Teile von Gesellschaftsverträgen[3] oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen[4], der Theorie der "Fortdauer des gesetzlichen Schuldverhältnisses im Falle der Nichtigkeit des angestrebten Vertrages"[5], bzw. anreichern mit ähnlichen Entwicklungen, etwa dem gewandelten Verständnis des Rücktritts iSd §§ 346 ff. BGB, in dem man früher die rückwirkende Aufhebung des Vertragsverhältnisses im Ganzen sah[6], während die heute herrschende Meinung annimmt, der Vertrag wandele sich nur in ein Abwicklungsverhältnis um, das etwa

---

1) LARENZ, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, 1897 ff.; ders., Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund, DRiZ 1958, 245 ff.; SIMITIS, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1957, S. 463 ff.; ebenso der BGH, vgl. 14. 7. 1956 BGHZ 21, 319 ff. (333 ff.) (Parkplatzfall); BGH 29. 1. 1957 JZ 1957, 275 ff. (275); vgl. in neuerer Zeit KADUK, Vertrag und sozialtypisches Verhalten - Betrachtungen zum gegenwärtigen Stand von Lehre und Rechtsprechung gegenüber den sogenannten faktischen Verträgen bei tarifmäßig zu vergütenden Versorgungsleistungen, JR 1968, 1 ff. m.w.N.
zur vielfachen Kritik etwa ESSER, SchuR I, § 14 S. 98 m.w.N.; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 163 VII, 3 S. 1015 ff.; PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 16 m.w.N.; zur ähnlichen Entwicklung in der DDR vgl. ferner REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 57 Fußn. 26

2) BGH 16. 2. 1954 BGHZ 12, 286 ff.; BGH 9. 2. 1955 LM Nr. 14 zu § 7 HöfeO; BGH 10. 12. 1957 LM Nr. 2 zu § 2276 BGB

3) BGH 9. 5. 1955 Betr. 1955, 750; BGH 5. 2. 1968 BB 1968, 607 m.w.N.

4) BGH 29. 10. 1956 BGHZ 22, 90 ff. (92 f.); BGH 22. 1. 1964 MDR 1964, 747; BGH 11. 11. 1968 BGHZ 51, 55 ff. (56 f.); BGH 8. 10. 1969 NJW 1970, 29 ff. (30); RAISER, Das Recht der AGB, S. 319 ff.; SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11

5) vgl. LARENZ, SchuR I § 9 II S. 97 ff. m.w.N.

6) RG 11. 4. 1902 RGZ 50, 255 ff. (266 f.); RG 25. 1. 1911 RGZ 75, 199 ff. (201); OERTMANN, AT Anm. 2 a vor § 346; RGRK-WILDE, § 346 Anm. 4, 7

Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung nicht ausschließt[1].

(3) Dennoch ist - ungeachtet der Vorschriften der §§ 122, 307 und 309 BGB und der angedeuteten Entwicklung - der Nichtigkeitsbegriff der herrschenden Lehre im wesentlichen unverändert geblieben. Als Beispiel diene die Definition LANGEs[2]:

"Das nichtige Geschäft hat von Anfang an keine Rechtswirkung. Ihm verweigert die Rechtsordnung jede Rechtsfolge."

NIPPERDEY, dessen Begriffsentwicklung sich im übrigen nur im Wortlaut von der LANGEs unterscheidet, fügt hinzu[3]:

"Äußerlich ist das nichtige Rechtsgeschäft vorhanden, aber nicht als Rechtsgeschäft."

Anerkannt wird also zwar, daß das nichtige Geschäft kein "nullum" ist[4], zugebilligt wird ihm jedoch nur Existenz auf tatsächlicher, nicht auf rechtlicher Ebene[5]. Die aus der Nichtigkeit resultierenden Rechtsfolgen können so sämtlich nur als solche gesetzlicher Natur bestimmt werden[6].

Auf die Diskrepanz zwischen dem strengen Nichtigkeitsbegriff der auch heute noch herrschenden Meinung und den vielfältigen Einschränkungen der Nichtigkeitsfolgen hat in neuerer Zeit PAWLOWSKI[7] aufmerksam gemacht und, an JHERING[8], HÖLDER[9] und HENLE[10] anknüpfend, gefordert, die Nichtigkeit nicht auf die Willenserklärung selbst, sondern nur auf bestimmte Rechtsfolgen der Willenserklärung zu beziehen. Nur einige der intendierten Rechtsfolgen könnten nicht eintreten, andere sei-

---

1) so schon STOLL, JW 1928, 57 ff. (58) Anm. zu RG 11. 11. 1927); WOLF, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden AcP 153, 97 ff. (102); STAUDINGER-KADUK, § 327 Anm. 9; WUNNER, Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel, AcP 168, 425 ff. (434 ff.) m.w.N.; ESSER, Sch R I, § 30 S. 184, 185 f.
2) LANGE, AT § 49, 1 S. 306
3) ENNECERUS-NIPPERDEY, § 202 I, 4 S. 1211; vgl. auch § 145 II S. 907 Fußn.49
4) LARENZ, AT § 29 I S. 446
5) etwa STAUDINGER-COING, § 141 Rdz. 2
6) ENNECERUS-NIPPERDEY aaO.; LARENZ aaO.; a.A. im Hinblick auf die §§ 122, 307, 309 BGB FLUME, AT 2, § 30, 8 S. 554 ff.
7) PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 1 ff.
8) vgl. oben S. 78 Fußn. 1
9) vgl. oben S. 78 Fußn. 1
10) vgl. oben S. 78 Fußn. 1

en aufrechtzuerhalten [1].

b) Der Begriff der Formnichtigkeit im BGB

Seit jeher nahmen die Fragen der Formnichtigkeit eine - bisher fast ausschließlich zur gesetzlichen Form diskutierte - gewisse S o n d e r s t e l l u n g ein, die erhöhte Zweifel an der Berechtigung eines allzustarren Nichtigkeitsbegriffs im Bereich der Form erweckt.

Entscheidend geprägt wird der Begriff der Formnichtigkeit von dem Verhältnis zwischen Willenserklärung und Form; je größere Bedeutung dem erklärten W i l l e n gegenüber der F o r m der Erklärung zukommt, umso weniger einschneidend sind die Folgen der Nichtigkeit. Das Verhältnis von Willenserklärung und Form war Gegenstand einer jahrtausendelangen, konsequenten Entwicklung, die im folgenden in einem Exkurs kurz dargestellt werden soll.

(1) Exkurs:

Historischer Überblick: Das Verhältnis von Willenserklärung und Form bis zur Neuzeit

Eine rechtshistorische Betrachtung macht deutlich, daß auf verschiedenen Entwicklungsstufen menschlicher Gemeinschaft die Frage nach dem Verhältnis von Willenserklärung und Form recht unterschiedliche Antworten gefunden hat.

(a) Das ältere r ö m i s c h e Recht, dessen Kenntnis wir der Zwölftafelgesetzgebung verdanken [2], war durch Formstrenge gekennzeichnet [3]. Ebenso wie in vielen anderen frühzeitlichen Rechtsordnungen herrschte die Überzeugung, rechtliche Bindungen könnten nur im Wege förmlicher, ritueller Handlungen, durch die der Sinn des jeweiligen Rechtsverhältnisses in symbolischer Form dargestellt wurde [4], begründet werden [5].

---

1) PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 19 ff., 35; gegen ihn LARENZ, AT § 29 I S. 446

2) Vorher, in der Königszeit, bestand lediglich Gewohnheitsrecht, über dessen Entwicklung und Inhalt sichere Kenntnis nicht besteht.

3) IHERING, Geist des römischen Rechts, Zweiter Teil, Erste Abteilung, § 23, S. 11 ff.; KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. Köln/Graz 1964, § 5 S. 73 ff.

4) v. SAVIGNY, System des heutigen römischen Privatrechts, Dritter Band, Berlin 1840, § 130, S. 238 ff.

5) KASER, Römisches Privatrecht, 4. Aufl. München/Berlin 1965, § 6 S. 32

Neben den Formalgeschäften i.e.S. existierten die Formalgeschäfte, bei denen die Sachhingabe den Verpflichtungswillen deutlich machten. Beide waren funktionsgleich[1].

Die Form war, wie LARENZ[2] es formuliert, "nicht Mittel der Verlautbarung, sondern Geltungsgrund der Rechtsfolge"[3]. Willenserklärung und Form wurden als Einheit gedacht.

Mit der Entwicklung Roms zum Weltreich verlagerte sich das wirtschaftliche Schwergewicht von der Landwirtschaft auf den Handel. Die Integration in den bis dahin vorwiegend hellenistischen Weltverkehr stand im Widerspruch zu dem starren römischen ius civile, das nur in ganz begrentem Maße an die Entwicklung angepaßt werden konnte[4].

Den im römischen Recht üblichen kultisch-symbolischen Spruchformen stand im panhellenistischen Rechtskreis, wo die rechtliche Isolation[5] durch ein allgemeines Verkehrsrecht überwunden war, die für wichtige Geschäfte geforderte einfache Schriftform gegenüber.

Erst die Einsetzung des praetor peregrinus schuf die Grundlage für die Entwicklung des ius gentium, das unter anderem die Formstrenge vieler Rechtsinstitute milderte. Im "klassischen" römischen Recht wurden in gewissem, jedoch geringem Umfang auch formlose Konsensualkontrakte anerkannt[6].

Auch das ältere germanische Recht war durch reichen Geschäftsformalismus

---

1) vgl. LORENZ, Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156, 381 ff. (386) (folgend abgekürzt: LORENZ, AcP 156, 381 ff.)
2) LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München 1970, § 5, S. 55 m.w.N. (folgend abgekürzt:LARENZ, SchuR I)
3) Die Priesterschaft (das Festialkollegium) als Treuhänderin des Rechts neigte ohnehin zu förmlichem Handeln.
4) zu der geschickten Auslegung seitens der pontifices vgl. KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte, S. 74
5) zum Personalitätsprinzip vgl. KUNKEL aaO., S. 73
6) vgl. SEUFFERT, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge - Dogmengeschichtliche Untersuchungen, Nördlingen 1881, S. 32 (folgend abgekürzt: SEUFFERT, Verträge)

gekennzeichnet[1].

Dem Bedürfnis des primitiven Menschen nach sinnlicher Anschauung entsprechend ("Sehen geht über Hören") war auch das Recht der Germanen, mit religiösen Anschauungen eng verbunden, von unbedingter Formstrenge und reicher Symbolik[2].

Auch das germanische Recht kannte den Realkontrakt.

Zwar existierte der formlose Schuldvertrag; er war jedoch einseitig aufhebbar und nicht erzwingbar[3]. Erst durch die Form erlangte die Willenserklärung Verbindlichkeit.

(b) Über die bereits im klassischen römischen Recht anerkannten, typenmäßig beschränkten formlosen Konsensualverträge hinaus zeigte sich bei den Glossatoren im Bereich der Realkontrakte eine erste Akzentverschiebung: Klagegrund sollte nicht mehr die Übergabe des Gegenstandes, sondern der zugrundeliegende formlose Vertrag sein[4].

(c) Weiterer Vorschub geleistet wurde der Verbindlichkeit formloser Verträge durch die Kanonistik des Mittelalters.

Die Nichteinhaltung mündlicher Versprechen wurde, zurückgehend auf Matthäus Kapitel V Vers 34 - 37, das Konzil von Karthago (348 n. Chr.) und die Dekretalensammlung Gregors IX.[5], als schwere Sünde angesehen[6], die der Verfolgung im kirchlichen Strafverfahren unterlag[7]; die Konsequenzen für die geistliche Zivilgerichtsbarkeit waren jedoch umstritten[8].

---

1) PLANITZ, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. Berlin 1931, § 11 S. 15; HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts II, Leipzig 1886, S. 227 ff.
2) CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1, Frühzeit und Mittelalter, Karlsruhe 1954, S. 42; MITTEIS-LIEBERICH, Deutsches Privatrecht, 4. Aufl. München 1963, S. 7, 25
3) v. GIERKE, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte, Breslau 1910, S. 119 ff.
4) vgl. LORENZ, AcP 156, 381 ff. (389)
5) vgl. REINHART, Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht, Jur. Diss. Heidelberg 1969, S. 68 f. m.w.N. (folgend abgekürzt: REINHART, Formnichtigkeit und Heilung)
6) vgl. LORENZ, AcP 156, 381 ff. (389)
7) REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 68 f.
8) SEUFFERT, Verträge S. 45 ff., 67 ff.

Darüber hinaus wurden im Zeichen des blühenden Handels der mittelalterlichen Städte Tendenzen sichtbar, die verkehrserschwerende konstitutive "Wirkform" zurückzudrängen und die bloß rechtsbekundende Beweisform vorzuziehen[1].

Allgemein setzte sich das pactum nudum jedoch bis zur Reception des römischen Rechts im 15. Jahrhundert[2] nicht durch.

(d) Die generelle Anerkennung der Verbindlichkeit formlosen Versprechens erfolgte vielmehr erst unter dem Einfluß naturrechtlicher Gedanken.
Bereits im Freiburger Stadtrecht (1520) von Ulrich ZASIUS[3], später von anderen Rechtslehrern des 16. Jahrhunderts mit naturrechtlichen Erwägungen bejaht[4], setzte sich unter dem Einfluß namhafter Naturrechtler wie GROTIUS und PUFENDORF im 17. Jahrhundert das pactum nudum im gemeinen Recht allgemein durch[5]. Während diese Entwicklung in den Partikularrechten des süddeutschen Raumes teilweise schon im 16. Jahrhundert ihren Abschluß gefunden hatte, blieb der Einfluß des römischen Rechts in Norddeutschland partiell bis ins 18. Jahrhundert bestimmend[6], fiel dann jedoch auch dort der allgemeinen Tendenz zum Opfer[7].
Dies war ein Sieg der mit der Naturrechtslehre aufs engste verbundenen Willenstheorie, nach der Grund der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung nicht die reine "Wirkform", sondern allein der erklärte Wille der Beteiligten ist[8].

---

1) PLANITZ, Grundzüge des deutschen Privatrechts, § 11 S. 15
2) hierzu etwa ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 6 S. 31 ff.
3) vgl. SEUFFERT, Verträge, S. 67 ff.
4) vgl. SEUFFERT, Verträge, S. 107 ff.
5) LARENZ, AT § 27 I S. 405 m.w.N.
6) REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 73 m.w.N.
7) Auch im PrALR bestand der Grundsatz der Formfreiheit; dieser war jedoch praktisch durch zahlreiche einzelne Formvorschriften eingeschränkt, vgl. STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 1. Zu den anderen Partikularrechten vgl. v. FEISTMANTEL, Verhandlungen des 10. deutschen Juristentages 1872, Bd. 1, Gutachten, S. 112 ff. (115)
8) vgl. v. FEISTMANTEL, Verhandlungen des 10. deutschen Juristentages, 1872, Bd. 1, Gutachten, S. 112 ff. (119): "Das Wesen eines Rechtsgeschäfts liegt in dem Willen der Parteien. Dieser ist das Hauptmoment, die dabei gewählte Form der Äußerung nur sekundär."; ferner DOVE, Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages 1893, Bd. 1 S. 326 ff. (346): "Wir haben den Willen zum herrschenden Prinzip unserer Privatrechtsordnung erhoben; das Evangelium des modernen Civilrechtsjuristen beginnt mit den Worten: "Am Anfang war der Wille."

Die gewonnene Formfreiheit war zwar nicht schrankenlos; so gab es etwa im gemeinen Recht Fälle - vor allem im Erbrecht -, in welchen die Einhaltung bestimmter Formen, etwa die schriftliche Aufzeichnung, die Hinzuziehung von Zeugen oder die gerichtliche Insinuation gefordert wurden [1].

Im Prinzip jedoch war die Anerkennung mündlich erklärten rechtsgeschäftlichen Willens vollzogen; die ursprünglich untrennbare Einheit von Wille und Form schien endgültig der Vergangenheit angehörig [2].

(2) Willenserklärung und Form im BGB

(a) Angesichts der soeben dargestellten historischen Entwicklung ist es von Interesse, die dogmatische Einordnung der Form in die Lehre von der Willenserklärung seit der Entstehung des BGB näher zu untersuchen.

Schien die für frühzeitliche Rechtsordnungen charakteristische Einheit von Willenserklärung und Form noch im Jahre 1872, als man sich anläßlich des 10. deutschen Juristentages einmütig für den Grundsatz der Formfreiheit im künftigen BGB aussprach [3], endgültig überwunden, so machte sich bei den weiteren Beratungen über ein Bürgerliches Gesetzbuch jedoch eine gegensätzliche Strömung bemerkbar. Verantwortlich dafür war der (damals freilich bereits geschwächte [4]) R e c h t s p o s i t i v i s m u s, der sich im Verlaufe des 19. Jahrhunderts über die historische Rechtsschule entwickelt hatte und zu großer Bedeutung gelangt war, der schließlich seinen radikalsten Ausdruck im Gesetzesabsolutismus fand. Charakteristisch für diese Bewegung war [5], daß sie, sich auf das Tatsächliche, das "positiv" Gegebene beschränkend, ein über der Wirklichkeit rechtlichen Lebens existentes, ab-

---

1) STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 1
2) für das Handelsrecht war in Art. 317 HGB die Formfreiheit ausdrücklich normiert.
3) Referenten waren HARUM, v. FEISTMANTEL und v. KÜBEL, vgl. Verhandlungen, Bd. 1 S. 59 ff., 112 ff., Bd. 2 S. 273 f.
4) BOEHMER, Grundlagen, II, 1 S. 131 ff.; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, § 25 S. 469, 478 ff.
5) vgl. HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie - Grundlagen des Rechts, München/Berlin 1964, § 34 S. 379 ff. m. zahlr. N.

solutes und allgemeines Recht negierte[1].

Diese Abkehr vom Naturrecht war verbunden mit einer Betonung der konkreten, historischen Rechtsnorm gegenüber dem in der Naturrechtslehre so emporgehobenen Willen; allein die Norm sollte Rechtswirkungen setzen, der Wille als bloßer Teil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes demgegenüber zurücktreten.

Eine Auswirkung dieser Lehre zeigte sich beim 22. deutschen Juristentag 1893:

Ein Antrag des Referenten v. BRUNNER[2] - hierin durch Otto v. GIERKE[3] unterstützt - wurde angenommen, nach dem die geplante, fast uneingeschränkte Formfreiheit zwar im Grundsatz aufrechterhalten, aber für zahlreiche Einzelfälle eingeschränkt werden sollte.

Damit waren die Weichen gestellt für die Lösung der Formfrage im BGB: Nicht nur wurden die Zahl der formbedürftigen Rechtsgeschäfte und die Anforderungen an die Formwahrung gegenüber dem gemeinen Recht und der Mehrzahl der Partikularrechte erhöht[4], sondern man knüpfte durch eine Gleichsetzung des formmangelhaften mit dem Nicht-Geschäft auch strenge Rechtsfolgen an eine Formverletzung.

Das formbedürftige Geschäft wurde "nur als durch die Form existent"[5] angesehen, gleichgültig, ob der Formzwang auf Gesetz oder auf einer Vereinbarung konstitutiver Form beruhte.

So wollte man eine gedanklich an sich längst überwundene E i n h e i t von Willenserklärung und Form schaffen.

Dementsprechend wurde die Form selbst von denen, die schon damals das nichtige Geschäft in einen wirksamen und einen nichtigen Teil aufzuspalten suchten, ohne erkennbare Unterscheidung zwischen gesetzlicher und gewillkürter Form als zum

---

1) vgl. etwa BERGBOHM, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlungen, Bd. 1 Leipzig 1892. Sein Ziel war es, den "ganzen berückenden Spuk des Naturrechts" (S. 539), der nichts anderes sei als "bloße Begriffsdichtung rein subjektiver Gedankengebilde" (S. 532), auszurotten, "schonungslos mit Stumpf und Stiel" (S. 118).

2) vgl. Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages, Bd. 1 S. 56 ff.

3) vgl. Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages, Bd. 4 S. 72 ff.

4) vgl. STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 3

5) FLUME, AT 2 § 15 I, 1 S. 244

T a t b e s t a n d der Willenserklärung gehörig bezeichnet [1].

Diese anachronistisch anmutende dogmatische Einordnung der Form in die Lehre von der Willenserklärung wird durch die Inkonsequenz des Gesetzes selbst besonders deutlich:
Schon das BGB weist in den g e s e t z l i c h e n H e i l u n g s f ä l l e n Einschränkungen der Formnichtigkeit auf, welche die Rechtswissenschaft seit der Jahrhundertwende vor die Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem herrschenden, unnachgiebigen Begriff der Nichtigkeit gestellt haben [2], denn hiernach soll die formmangelhafte Vereinbarung ja "absolut nichtig" [3], und von Bedeutung nur als "vorgenommener Akt", als "Geschehnis", sein.

Daß eine befriedigende Erklärung des Phänomens der gesetzlichen Heilungsvorschriften bisher nicht gelungen ist, erscheint nicht erstaunlich, ist die Wiederbelebung eines "toten" Rechtsgeschäfts doch nichts anderes als eine c o n t r a d i c t i o i n a d i e c t o [4]. Vor der Heilung muß etwas existieren, das r e c h t l i c h relevant, der Heilung fähig ist. Konsequent spricht v. TUHR [5] in diesen Fällen von schwebender Unwirksamkeit [6].

(b) Die Entwicklung der Formnichtigkeit seit der Jahrhundertwende verstärkt die Zweifel an der Auffassung des historischen Gesetzgebers. Der für die erneute Vereinheitlichung von

---

1) vgl. MANIGK, Art. Tatsachen, Juristische, HdwRWiss V, 847 ff. (856); ähnlich OERTMANN, Die Rechtsbedingung (condicio iuris) - Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre, Leipzig/Erlangen 1924, S. 26, der annimmt, der Tatbestand der formwidrigen Willenserklärung sei in quanto vollständig, in quali jedoch fehlerhaft.
2) zu den Versuchen im einzelnen HÄSEMEYER, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte - Objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft, Frankfurt a. M. 1971, S. 31 ff., 89 ff.; REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 30 ff.
3) vgl. RG 1. 4. 1905 RGZ 60, 338 ff. (340); RG 7. 1. 1911 RGZ 75, 114 ff. (115); RG 3. 12. 1912 RGZ 81, 49 ff. (51)
4) ebenso REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 1
5) v. TUHR, AT II, 1 § 63 S. 504; ebenso REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 89 (vgl. unten S.)
6) unklar etwa LEHMANN-HÜBNER, AT § 31 VII, S. 224: "Einstweilige (schwebende) Nichtigkeit"; nicht überzeugend auch LARENZ, AT § 29 I S. 445

Wille und Form verantwortliche Rechtspositivismus wurde schon bald durch andere Strömungen wie die Interessenjurisprudenz abgelöst. Folge des insbesondere nach dem Zusammenbruch des Dritten Reichs zu beobachtenden Wiederauflebens naturrechtlicher Gedanken[1] war eine erneute Aufwertung der Bedeutung formlos erklärten Willens, welcher von der Form als nur sekundär bedeutsamem Anhängsel weiter abrückte.

Diese Entwicklung fand ihren Ausdruck etwa in der Entstehung einer - zur Zeit der Schaffung des BGB noch weithin abgelehnten[2] - selbständigen Restriktion der Formnichtigkeit[3].

Zwischen der oben angedeuteten, allgemeinen Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen und dieser besonderen Restriktion der Formnichtigkeit besteht nun eine bedeutsame Differenz:

Während die allgemeinen Einschränkungen der Nichtigkeit vor allem für die Abwicklung bereits ausgetauschter Leistungen relevant werden, zudem fast allgemein als nicht dem Parteiwillen entspringende Rechtsinstitute gesetzlicher Natur angesehen werden, billigt man im Rahmen der selbständigen Restriktion der Formnichtigkeit stets Erfüllungsansprüche zu, deren Ursprung nach der wohl überwiegenden Meinung rechtsgeschäftlicher Natur sein soll[4]. Hier zeigt sich eine weitere Besonderheit der Formnichtigkeit, die mit dem starren, unnachgiebigen Nichtigkeitsverständnis der herrschenden Meinung nicht vereinbar ist; irgend etwas muß existieren,

---

1) vgl. WIEACKER, Zur Erweckung des Naturrechts, SJZ 1949, 295 ff.; BOEHMER, Grundlagen II, 1 S. 219 ff. m.w.N.; WELZEL, Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 279 ff.; WÜRTENBERGER, Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart, JZ 1955, 1 ff.; vgl. im übrigen den Sammelband "Naturrecht oder Rechtspositivismus?", herausgegeben von Werner MAIHOFER, Bad Homburg vor der Höhe 1962, der hierzu zahlreiche Beiträge nebst einer umfassenden Bibliographie enthält.

2) vgl. unten S. 96 f.

3) vgl. dazu noch unten S.96 ff.

4) etwa ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 4 S. 960; LARENZ, SchuR I § 10 III, S. 117; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 24; vgl. auch BGH 5. 2. 1957 BGHZ 23, 249 ff. (258): "als wirksam behandeln"; vgl. auch BGH 16. 2. 1954 BGHZ 12, 286 ff. (304); BGH 18. 2. 1955 BGHZ 16, 334 ff. (338); widersprüchlich FLUME AT 2 § 15 III, 4 S. 282, 288 (dazu unten S. 100Fußn.1); Ansprüche contra legem schlägt vor GERNHUBER, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 151 ff. (169 ff.) dazu unten S.100Fußn.1)

das rechtliche und nicht nur tatsächliche Relevanz aufweist. Was liegt näher als anzunehmen, daß es die abgegebenen Willenserklärungen sind, auf welche die Erfüllungsansprüche zurückzuführen sind?

Auch in der Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte wird, wie REINHART gezeigt hat[1], in allen Bereichen des Rechtslebens eine Tendenz zum vorsichtigen Abbau allzu starrer Formvorschriften und überspannter Sanktion der Formverletzung sichtbar.

(c) Trotz dieses Fortschreitens der gegen Ende des 19. Jahrhunderts nur kurz aufgehaltenen Wertminderung der Form ziehen Literatur und Rechtsprechung für die dogmatische Einordnung der Form in die Lehre von der Willenserklärung auch heute überwiegend keine Konsequenzen; der Begriff der Formnichtigkeit ist - erneut ohne Unterscheidung zwischen gesetzlicher und gewillkürter Form - in der heute herrschenden Meinung unverändert. Dementsprechend wird, meist indirekt, angenommen, die Form gehöre zum Tatbestand der Willenserklärung[2].
Als Beispiel diene die Definition COINGs[3]:

"Die Nichtbeachtung oder nicht richtige Beobachtung macht ... das Geschäft nichtig, d. h. die Rechtsordnung betrachtet das Geschäft schlechthin als nicht bestehend."

Die von den Verfassern des BGB entgegen einer jahrtausendelangen Entwicklung geschaffene, wesentlich durch den Rechtspositivismus motivierte theoretische Vereinheitlichung von Willenserklärung und Form soll also nach der h. M. auch heute noch aufrechterhalten werden.

Jedoch fehlt es auch nicht an Literaturstimmen, die den Nichtigkeitsbegriff in § 125

---

1) REINHART (Formnichtigkeit und Heilung, S. 80 ff.) verweist in diesem Zusammenhang etwa auf das Ehegesetz von 1938 (Einschränkung der Fälle der Nichtehe; Herabsetzung der Frist für die Heilung von Formmängeln), die Kriegsfolgengesetzgebung der Besatzungsmächte (Anerkennung von Nottrauungen; Verfolgtentestament) und auf das Grundstücksverkehrsgesetz von 1961 (Einschränkung der Formnichtigkeit beim Hoferbentestament).

2) LANGE, AT § 42 I, 2 S. 267; LARENZ, AT § 27, S. 405: "Element der Willenserklärung"; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 145 S. 907; § 202 I, 3, 4 S. 1210 f.; KRAMER, Vertragstatbestand, Vertragsinhalt und Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vertrages, Jur. Diss. Heidelberg 1964, S. 52 ff. (59) m.w.N.;

3) STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 21

BGB differenziert beurteilen.

Ansätze zu einer die Auffassung des historischen Gesetzgebers überwindenden dogmatischen Einordnung der Form, die für ihn allerdings ohne Konsequenzen für den Begriff der Nichtigkeit bleibt, zeigt etwa FLUME, wenn er schreibt[1]:

"Im allgemeinen ist nach modernem Denken die Form in den Fällen der Formbedürftigkeit nur ein Attribut des gegenüber der Form selbständig gedachten Rechtsgeschäfts."[2]

Ähnlich äußert sich PAWLOWSKI, der zu der Gewährung von Erfüllungsansprüchen in den Fällen der Restriktion des § 125 Satz 1 BGB bemerkt[3]:

"Von dogmatischem Interesse ist hier, wie sich dadurch die Bedeutung der Form für die Lehre von der Willenserklärung verändert hat. War nach der Auffassung der Motive die Form ein notwendiges Mittel, die Erklärung abzugeben ..., so ist nach der eben dargestellten Auffassung die Form nur eine erschwerende Formalität, deren Zweck auch anders erreicht werden kann."

Mit dem Begriff der Nichtigkeit in § 125 BGB hat sich in neuester Zeit auch REINHART[4] beschäftigt, der, ebenfalls zur gesetzlichen Form, die Gedanken FLUMEs und PAWLOWSKIs aufgreift und präzisiert:

"Das eigentliche Problem der Formnichtigkeit liegt in dem Verhältnis von Willenserklärung und Form. Es ist bei jeder Formvorschrift zu fragen, ob der Wille nur in der Form oder auch auf andere Weise erklärt werden kann[5]. ...
Die Form kann also - je nach dem Inhalt der Vorschrift, in der sie verlangt wird - entweder Tatbestandsteil der Willenserklärung (absolute Form) oder Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts (additive Form) sein. Fehlt die Form als Tatbestandsteil der Willenserklärung, so ist das Rechtsgeschäft endgültig unwirksam, fehlt sie als Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäfts, so ist dieses noch nicht wirksam, kann aber durch den Eintritt der Wirksamkeitsvoraussetzung gültig werden."[6].

---

1) FLUME, AT 2, § 15 I, 1 S. 245
2) FLUME (aaO.) fügt hinzu, es gebe jedoch Ausnahmen, in denen die Form auch heute noch als Absolutum anzusehen sei. Wechsel oder Eheschließung könnten gegenüber ihrer Form etwa nicht selbständig gedacht werden.
3) PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 18
4) REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 88 ff.
5) REINHART, aaO., S. 90
6) REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 93

Daß die Annahme einer (in den von REINHART im Wege der Auslegung ermittelten[1]) Fällen der "additiven" Form) nachholbaren Wirksamkeitsvoraussetzung, die zudem nach seiner Ansicht "durch die Wirksamkeitsvoraussetzung der Zweckerreichung ersetzt werden kann"[2], nicht ohne Konsequenzen für den Begriff der Nichtigkeit bleiben kann, vielmehr in ihrer Wirkung der schwebenden Unwirksamkeit gleichkommt[3], wird von REINHART offenbar zwar erkannt, jedoch nicht ausgesprochen. Einerseits nimmt er auch beim Fehlen gesetzlicher Heilungsvorschriften (etwa bei den §§ 311, 761 BGB) additive Formen an[4], bleibt jedoch bei der Definition der Formnichtigkeit iSd § 125 Satz 1 BGB zurückhaltend[5]:

"Das kann aber nur bedeuten, daß die Formnichtigkeit zumindest dann, wenn im Gesetz eine Heilung ausdrücklich zugelassen ist, nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs in ihrer Wirkung der schwebenden Unwirksamkeit gleichzusetzen ist."

c) Abschließende Stellungnahme

(1) Ist eine endgültige Stellungnahme zu dem herrschenden, allgemeinen Nichtigkeitsbegriff an dieser Stelle nicht möglich, so ist für den vorliegenden Zusammenhang doch die Feststellung von Interesse, daß der Gedanke, der angedeuteten Entwicklung zu weitgehenden Einschränkungen der Nichtigkeit könne eine Ausdehnung der rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit korrespondieren, zumindest nicht fernliegt.

Die jedoch zum Problem der Form nichtigkeit geschilderten Aspekte, d. h. die gesetzlichen Heilungsfälle, die besondere Restriktion der Formnichtigkeit, vor allem die allgemeine Entwicklung zu einer fortschreitenden Trennung von Willenserklärung

---

1) REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 140 ff.
2) REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 126; zur Zweckerreichungslehre iRd gesetzlichen Form vgl. unten S.107 ff.
3) zur schwebenden Unwirksamkeit etwa LARENZ, AT § 29 VI S. 469
4) REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 140 ff.
5) REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 89

und Form[1], geben Anlaß, die dogmatische Einordnung der letzteren, somit den Begriff der Nichtigkeit in § 125 BGB, einer kritischen Überprüfung zu unterziehen.

(2) Dabei gefallen die bei FLUME und PAWLOWSKI vorbereiteten, von REINHART präzisierten Versuche, den Begriff der Formnichtigkeit für die Mehrzahl der Fälle gesetzlicher Formvorschriften in Richtung der schwebenden Unwirksamkeit zu orientieren. Hier zeigt sich nicht nur eine Möglichkeit, die Schwierigkeiten, welche die herrschende Meinung mit der Bejahung von Erfüllungsansprüchen iRd gesetzlichen Heilungsfälle und anderer Einschränkungen der Formnichtigkeit nicht auszuräumen in der Lage ist[2], zu beseitigen, sondern darüberhinaus könnte der Form auf diese Weise ein angemessener, "mediatisierter" Platz in der Dogmatik zugewiesen werden. Die Fragen der gesetzlichen Form müssen im vorliegenden Rahmen jedoch zurückstehen.

(3) Auch iRd § 125 Satz 2 BGB ist das Verhältnis von Willenserklärung und Form entscheidender Bezugspunkt einer Definition der "Nichtigkeit".
Die Vorstellung, die vereinbarte Form gehöre zum Tatbestand der Willenserklärung, die zu der anachronistischen Annahme führen müßte, durch eine gewillkürte Formbestimmung werde der Tatbestand der von der Form erfaßten Willenserklärungen erweitert, erscheint bei systematischer Auslegung kaum haltbar.
Denn das hieraus resultierende Nichtigkeitsverständnis, die Gleichsetzung der formmangelhaften mit der Nicht-Vereinbarung, kann heute, angesichts der jahrtausendelangen Entwicklung und der besonders im Bereich der gewillkürten Form weitrei-

---

1) Diese zeigt gelegentlich Auswirkungen, deren Ursprung weitgehend unerkannt bleibt. So ist es heute durchaus nicht mehr selbstverständlich, daß die formbedürftige Willenserklärung dem Empfänger in der notwendigen Form zugehen muß (bejahend SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 126 Rdz. 17 m.w.N.; BGH 30.5. 1962, 1388 ff. (1389); differenzierend PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 126 Anm. 2 b; verneinend BGH 9. 11. 1967 BB 1968, 7 f. (8); HEISEKE, Der Zugang formbedürftiger Erklärungen, MDR 1968, 899 ff. (900); WAHL, Formprobleme des neuen Kartellrechts, JZ 1958, 148 ff.;). Zumindest die verneinende Ansicht wäre, gehörte die Form stets zum Tatbestand der Willenserklärung, mit § 130 BGB nicht vereinbar.

2) zur Restriktion des § 125 Satz 1 BGB vgl. den interessanten Einblick bei ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 4 S. 960 Fußn. 23

chenden - wennauch zumeist durch scheinlegale Hilfskonstruktionen[1] erreichten - Einschränkung der Formnichtigkeit, nur als überspannt bezeichnet werden. Eine solche Meinung verkennt, daß die systematische Auslegung[2] an der Tatsache nicht vorbeigehen kann, daß die vom historischen Gesetzgeber gewollte, schon damals künstliche Einheit von Wille und Form heute faktisch längst überwunden ist.
Hinzukommt, daß die theoretische Forderung, die formwidrige Einigung rechtlich als Nicht-Einigung anzusehen, iRd fortgeschrittenen Wertminderung auch und gerade der gewillkürten Form Ungereimtheiten hervorgerufen bzw. zu konstruktiven Umwegen genötigt hat. Letztlich ist es doch das unverhältnismäßig starre, positivistische Verständnis der Nichtigkeit, das für die Schwierigkeiten bei der Restriktion der Unwirksamkeitsfolge durch § 242 BGB verantwortlich zu machen ist und so bei der gewillkürten Form zu der wuchernden Konstruktion eines "konkludenten" Ausnehmens mündlicher Abreden vom Formzwang[3] geführt hat!

So erscheint der vor allem von REINHART vertretene, die Auffassung des historischen Gesetzgebers revidierende Gedanke der "attributiven", "additiven" Form, die lediglich als Formalität gegenüber der selbständig gedachten Willenserklärung anzusehen ist, für die gewillkürte Form zwingend . Zeigt der einer Formbestimmung iSd § 125 Satz 2 BGB vorangehende Grundsatz der Formfreiheit doch, daß rechtlich relevanter Wille hier auch formlos tatbestandlich vollendet erklärt werden kann.
Der nur additive Charakter der gewillkürten Form wurde in § 154 Abs. 2 BGB gar ausdrücklich normiert, wo es heißt:

"Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist."

Ausreichend zum Wirksamwerden des Vertrages ist also die bloße Nachholung

---

1) vgl. oben S. 51ff. und unten S. 99
2) die nicht nur die Stellung einer Vorschrift im Gesetz und ihren Zusammenhang mit anderen Vorschriften, sondern "letztlich" auch "die Fülle des im einzelnen Rechtssatz geborgenen Rechtsgedankens in seiner mannigfaltigen Bezüglichkeit auf die anderen Bestandteile des gesamten Rechtssystems" (vgl. ENGISCH, Einführung, S. 79) betrifft.
3) vgl. oben S. 49ff. und unten S. 99

der Form. Daß auch formlos Verabredetes eine echte, wenn auch "nur mündliche" Vereinbarung darstellt, die vereinbarte Form lediglich "Bedingung der Gültigkeit"[1] ist, entspricht heute durchaus der Anschauung des Rechtsverkehrs.

Nach allem dürfte das Ergebnis lauten:

Die gewillkürte Form ist nicht Tatbestandsmerkmal, sondern bloße Wirksamkeitsvoraussetzung[2] der tatbestandlich vollendeten Willenserklärung. Diese Voraussetzung ist nachholbar, der Mangel der Form führt lediglich zu einem außerhalb der Willenserklärung liegenden Wirksamkeitshemmnis. Der Wegfall dieses Hemmnisses, gleichgültig, ob durch Nachholung der Form oder aus anderen Gründen erfolgend, heilt daher die mündliche Vereinbarung, d. h. diese wird wirksam, ohne daß es einer Bestätigung iSd § 141 BGB bedarf[3].
Da der Mangel der vereinbarten Form eine endgültige Unwirksamkeit im Sinne des herrschenden Nichtigkeitsbegriffs folglich nicht hervorruft, ist die Nichtigkeit in § 125 Satz 2 BGB in ihrer Wirkung der schwebenden Unwirksamkeit gleich[4].

---

1) ENNECERUS-NIPPERDEY, § 157 III, S. 972
2) Auch LARENZ, (SchuR I § 5 S. 56) nennt die (gesetzl.) Formvorschriften des Schuldrechts "Wirksamkeitsbedingungen". Ähnlich ESSER, (SchuR I § 31 II S. 192), der die gewillkürte Form für eine mietrechtliche Kündigung als "Wirksamkeitsvoraussetzung" ansieht.
Da beide jedoch für den Begriff der Nichtigkeit keine Konsequenzen sehen, scheint nur eine terminologische Überschneidung mit dem Rechtsbegriff der Wirksamkeitsvoraussetzung vorzuliegen.
3) LARENZ (AT § 27 I S. 412) spricht im Zusammenhang mit § 125 Satz 2 BGB davon, die formwidrige Vereinbarung sei "noch nicht rechtswirksam", kann sich (aaO.) eine "Heilung" durch Erfüllung jedoch nur über § 141 BGB vorstellen; vorsichtiger grundsätzlich FLUME (AT 2 § 30, 5 S. 550): "jedenfalls hinsichtlich einiger Nichtigkeitsgründe wäre es durchaus denkbar, daß, wenn sie nachträglich wegfallen, das Rechtsgeschäft gültig wird".
4) In dieser Richtung schon DERNBURG (Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl. Halle a.S. 1906, § 139 IV S. 472) zu § 125 Satz 2 BGB: "Gemeint ist doch nur Unwirksamkeit. Denn es handelt sich nur um eine Bedingung des Abschlusses."; vgl. auch NIPPERDEY (ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 4 S. 960 Fußn. 23), der zur Formnichtigkeit bemerkt, sie bewirke nichts anderes, "als daß der Vertrag nicht die beabsichtigte Folge auslöst. Ob diese Rechtsfolge dauernd bestehen soll, ist eine ganz andere Frage."

Da die Terminologie bezüglich des Begriffspaares nichtig / unwirksam in Rechtsprechung und Literatur niemals einheitlich war[1], zudem auch das Gesetz die Begriffe nicht befriedigend gegeneinander abgrenzt[2], dürften einer dahingehenden Auslegung auch im Hinblick auf den Wortlaut des § 125 Satz 2 BGB unüberwindliche Bedenken nicht entgegenstehen.

2) Die Einschränkung der Nichtigkeit

a) Notwendigkeit

Die Verfasser des BGB gingen entsprechend ihrem starren, positivistischen Rechtsverständnis von der Vorrangigkeit der Nichtigkeitsfolge gegenüber allen anderen Überlegungen aus[3]. So heißt es in den Motiven zur gesetzlichen Form[4]:

"Wenn für einzelne Rechtsgeschäfte dennoch eine besondere Form sich vorgeschrieben findet, so liegt darin zur Genüge, daß die Gründe für die Notwendigkeit der Beobachtung der Form schwerer wiegen als die Rücksicht auf die ethische Pflicht zum Worthalten."

---

1) etwa OERTMANN, AT, Vorbem. 6 a, c vor § 104; REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 30 ff.
2) etwa FLUME, AT 2 § 30, 1 S. 548
3) Eine gewisse Ausnahme galt - ebenso wie bei der nur deklaratorischen Form (vgl. oben S. 34 Fußn. 2) - seit jeher bei den Grundsätzen der Auslegung der formgerecht niedergelegten Vertragsteile. Die Mehrdeutigkeit oder Widersprüchlichkeit der schriftlichen Bestimmungen kann dazu führen, im Wege der Auslegung der Parteivereinbarungen alle Umstände, auch mündliche Vereinbarungen, zu verwerten (vgl. die Nachweise oben S. 34 Fußn. 2).

   Gegenüber der herrschenden Meinung, nach der die Zulässigkeit einer Heranziehung außerurkundlicher Umstände an der möglichen Verbindung des Auslegungsergebnisses zum Wortsinn der urkundlichen Vereinbarungen gemessen werden soll (vgl. die Nachweise oben S. 34 Fußn. 2), sollte die Gefahr einer Antinomie zwischen der gewollten Beschränkung des Auslegungsgegenstandes und des verwendeten Auslegungsmaterials durch eine stärkere Orientierung an den mit der Form verfolgten Zwecken begegnet werden (ebenso LARENZ, AT § 25 II S. 347; LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 1 S. 215 ff.); insbesondere dürften beim Zweck der Erkennbarkeit für Dritte individuelle Sinnvereinbarungen und falsa demonstratio ausgeschlossen sein, zumindest aber ist an eine Analogie zu § 405 BGB zu denken (ebenso LÜDERITZ, aaO., S. 215)
4) MUGDAN, Motive I, S. 453

Zunächst bestand weitgehende Bereitschaft, dieser Auffassung zu folgen; das Reichsgericht etwa bestätigte ausdrücklich den Grundsatz der Unüberwindlichkeit der Nichtigkeit iSd § 125 BGB[1], "mag immerhin ein Mann von vornehmer Gesinnung Bedenken tragen, von dem Einwand des Formmangels Gebrauch zu machen"[2].

Im Laufe der Zeit bestätigten sich jedoch die Warnungen einiger, die bereits vor Entstehen des BGB prophezeit hatten, "daß ein zur Ungerechtigkeit führender Formalismus und eine auf der Logik à outrance beruhende erbarmungslose Härte nur dazu führt, daß sich die Gerichte über das Gesetz und seine Konsequenzen hinwegsetzen"[3].

Es zeigte sich, daß die Grenze zwischen der Form einerseits als sinnvollem Element der Ordnung zu andererseits einem sinnlosen, formalistischen[4] "Instrument lebensfeindlicher Beengung"[5], zu "als störend empfundener Verletzung fundamentaler Rechtsüberzeugungen"[6] fließend ist, die an die Formverletzung geknüpfte Folge der Nichtigkeit folglich gewisser Korrekturen bedarf.

Dies wird heute für den Bereich der gesetzlichen Form selbst von denen, die den Aspekt der Rechtssicherheit betonen, sich gegenüber Einschränkungen des § 125 Satz 1 BGB daher zurückhaltend geben, anerkannt[7].

Hat sich die Notwendigkeit solcher Korrekturen schon bei den von erfahrenen Juristen erarbeiteten, gesetzlichen Formvorschriften erwiesen, so muß dies erst recht für die gewillkürten Formbestimmungen gelten, die häufig von rechtlich sehr viel weniger weitblickenden Laien geschaffen werden.

---

1) RG 7. 6. 1902 RGZ 52, 1 ff. (5); RG 1. 6. 1904 RGZ 58, 214 ff. (218); RG 7. 1. 1910 RGZ 72, 342 ff. (343); RG 6. 4. 1910 RGZ 73, 205 ff. (209)
2) RG 1. 6. 1904 RGZ 58, 214 ff. (218)
3) Otto FISCHER, Die Ungültigkeit der Ehe und ihre Folgen, insbesondere bei Formmängeln - Zugleich eine Beurteilung der einschlägigen Bestimmungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, JherJb 29, 248 ff. (333)
4) vgl. DANZ, Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden?, DJZ 1909, Sp. 281 ff.
5) ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963)
6) LORENZ, AcP 156, 381 ff. (385)
7) etwa GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff.

Fraglich ist nur, inwieweit und mit welchen dogmatischen Mitteln Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtigkeit zu machen sind.

b) Meinungsstand zu § 125 Satz 2 BGB

Der Stand der zur gewillkürten Form entwickelten, eigenständigen Lösungen der Kollisionsfrage ist dürftig. Der Grund dafür ist vor allem das weithin sichtbare Bestreben, die iRd gesetzlichen Form so viele Schwierigkeiten bereitende Frage der Restriktion des § 125 BGB bei der gewillkürten Form zu umgehen.

Als Hilfslösung wählte man, wie oben bereits dargestellt[1], die Möglichkeit der Parteien, den Formzwang auch für einzelne Abreden einzuschränken bzw. außer Kraft zu setzen, was - im Wege der Minimalisierung der an die diesbezüglichen Erklärungen gestellten Anforderungen - zu einem Wuchern der Konstruktion konkludenter Willenserklärungen führte.

Versagt man mit den erwähnten, zurückhaltenden Literaturstimmen[2] dieser kaum eingeschränkten Paralysierung der gewillkürten Form jedoch die Gefolgschaft, so erscheint eine Stellungnahme zur Restriktionsfrage unvermeidbar.

Als Antwort finden sich in aller Regel lediglich stillschweigende[3], manchmal auch ausdrückliche[4] Pauschalverweisungen auf die zur gesetzlichen Form - vor allem zu § 242 BGB - entwickelten Grundsätze.
Einige Autoren zeigen Ansätze zur Entwicklung differenzierender Lösungen, verharren jedoch in Ansätzen[5].

---

1) vgl. oben S. 49ff, 58 ff.
2) vgl. oben S. 63 ff.
3) RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 29 ff.; STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5, 32; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 157 III, S. 972; LARENZ, AT § 27 I c S. 411 ff.; PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 3
4) SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 14; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 7; ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963); EISNER, NJW 1969, 118 ff. (121)
5) etwa SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1258 f.) (uneingeschränkte Restriktion durch § 242 BGB); ebenso (schwankend) REINICKE, Rechtsfolgen S. 158

Auch die zur gewillkürten Form ergangenen Entscheidungen zur Einschränkung der Unwirksamkeitsfolge lassen, da häufig von nicht formspezifischen Einzelfallumständen geprägt[1], zudem wohl ausnahmslos nicht auf den Fall der individuell vereinbarten Formbestimmung bezugnehmend, eine einheitliche, analysierbare Tendenz vermissen[2].

Lediglich für den Fall der Erfüllung gemäß der formwidrigen Vereinbarung wird eine besondere Lösung angeboten, die sich erneut des Umwegs einer "stillschweigenden" Beseitigung des Formzwangs bedient. Es entspricht allgemeiner Meinung, in der Erfüllung einer im Hinblick auf § 125 Satz 2 BGB unwirksamen Verpflichtung sei idR eine Aufhebung des vereinbarten Formzwangs, verbunden mit einer Bestätigung iSd § 141 BGB, zu sehen[3].

Die Situation ist unbefriedigend. Die weitgehende, erneut zu Hilfe genommene Konstruktion der Willenserklärung durch konkludentes Verhalten läßt eine differenzierte Stellungnahme zum eigentlichen Formproblem, der Bestimmung der Wirkung der Form, d. h. besonders zum Begriff der Nichtigkeit in § 125 Satz 2 BGB und deren Restriktion, vermissen. Mit Hilfe von Scheinbegründungen schiebt man das Problem auf, ohne es zu lösen.

Die Orientierung an den zur gesetzlichen Form entwickelten Grundsätzen, zur Restriktion der Nichtigkeitsfolge ist zwar im Ansatz punkt zu befürworten, da der Vernachlässigung der gewillkürten Form dort klare, wenn auch seit Jahrzehnten heftig umstrittene Grundsätze gegenüberstehen.
Eine lediglich pauschale Verweisung bleibt jedoch ungenügend, da offenbleibt,

---

1) so besonders deutlich BGH 27. 3. 1963 LM Nr. 2 zu § 127 BGB
2) vgl. BGH 20. 5. 1958 LM Nr. 1 zu § 127 BGB; BGH 27. 3. 1963 LM Nr. 2 zu § 127 BGB; BGH 20. 2. 1967 WM 1967, 464 ff. (464); BGH 21. 12. 1970 WM 1971, 217 ff. (218); OLG München 20. 3. 1959 BB 1959, 538; LG Hamburg 24. 6. 1966 MDR 1967, 594
3) RG 23. 11. 1910 JW 1911, 94 Nr. 15; BGH 25/27. 1969 WM 1970, 93 ff.; OLG Celle 5. 6. 1948 NdsRpfl. 1949, 72 ff.; RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 30; STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 5 a; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 157 III, 1 S. 973 Fußn. 14; ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963); SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 13; ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 7; LARENZ, AT § 27 I S. 412; EISNER, NJW 1969, 118 ff. (121)

welcher der im Bereich der gesetzlichen Form diskutierten Ansichten für die gewillkürte Form gefolgt werden soll, d. h. nicht geklärt wird, wie die Unterschiede zwischen der gesetzlichen und der auf privatautonomer Gestaltung beruhenden, der Auslegung im Einzelfall stärker zugänglichen, gewillkürten Form zu berücksichtigen sind.

Im folgenden soll daher der Versuch gemacht werden, in einem Exkurs über die zur gesetzlichen Form gegenwärtig noch vertretenen, wesentlichen Theorien zu prüfen, inwieweit Ansatzpunkte sichtbar werden, deren Übernahme in den Bereich der durch die Schriftformklausel aufgeworfenen Problematik möglich und angeraten erscheint.

c) Exkurs:

Überblick über die Diskussion zu § 125 Satz 1 BGB

(1) Bundesgerichtshof und herrschende Lehre[1)]

(a) Seit den Anfängen des BGB ist die Diskussion über die Frage nicht abgerissen, ob im Bereich der Form ein allgemeines Prinzip der heilenden Erfüllung im Wege der Analogie zu den gesetzlichen Heilungsvorschriften anerkannt werden sollte.
Waren es unter dem Einfluß der Verfasser des BGB ("Ist ... die Form durch Gesetz vorgeschrieben, so ändert die freiwillige Erfüllung an der Nichtigkeit des Vertrages schlechterdings nichts."[2)]) zunächst nur einige, die dies bejahten, so fanden sich doch im Laufe des Jahrhunderts beachtliche Literaturstimmen, die für einen all-

---

1) Nur am Rande erwähnt seien die von GERNHUBER und FLUME vertretenen Ansichten: Während ersterer (Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff.) die Konstruktion einer Entscheidung contra legem kraft Richtermacht befürwortet, spricht letzterer sich (AT 2 § 15 III, 4 S. 282) - für den Fall arglistiger Täuschung über die Formbedürftigkeit - für einen einseitigen Anspruch (bei bestehender Unwirksamkeit!) auf Erfüllung aus. GERNHUBERs These, obwohl von bestechender Klarheit, dürfte den zulässigen Rahmen juristischer Methodenlehre wohl überschreiten, daher kaum akzeptabel sein (ebenso REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 6). Bei FLUME bleibt dagegen, wie LORENZ (JuS 1966, 429 ff. (436, Fußn. 45)) zu Recht bemerkt, unklar, welcher Rechtsnatur der Anspruch sein soll. Wegen des Fortbestandes der Unwirksamkeit kann es ein vertraglicher Anspruch doch wohl nicht sein; andererseits will FLUME (AT 2 § 27, 5 S. 534) aber doch einen rechtsgeschäftlichen Anspruch annehmen.

2) MUGDAN I, S. 453

gemeinen Heilungsgedanken plädierten[1].

Die herrschende Meinung jedoch lehnt ein allgemeines Prinzip der heilenden Erfüllung, wenngleich die analoge Anwendung einzelner Heilungsvorschriften gelegentlich zugelassen wird[2], auch heute noch ab[3].
Die Konzentration auf die Diskussion zu § 242 BGB hat die Frage der allgemeinen Beachtung in gewissem Umfang entzogen[4].

(b) Häufig werden zur Einschränkung der Unwirksamkeit iSd § 125 Satz 1 BGB Schadensersatzansprüche aus c.i.c., den §§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB und § 826 BGB herangezogen[5].
Allgemein ist anerkannt, daß aus der arglistigen oder auch nur schuldhaften[6] Nichtaufklärung der einen durch die andere Partei über die Notwendigkeit der Form Schadensersatzansprüche resultieren können. Umstritten ist dagegen die Frage, ob iRd c.i.c. bei nur schuldhaftem Verhalten[7] dabei über § 249 BGB unter Umständen Na-

---

1) REICHEL, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB), AcP 104, 1 ff.; REGELSBERGER, Gesetz und Rechtsanwendung, JherJb 58, 146 ff.; bei beidseitiger Erfüllung: SIBER, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherJb 70, 223 ff.; LARENZ, AT § 27 I, 4 b S. 410 Fußn. 3, 411; differenzierend RIEZLER, venire contra factum proprium - Studien im römischen, englischen und deutschen Recht, Leipzig 1912, S. 140 f.; LANGE, AcP 144, 149 ff. (159 ff., 164); HELDRICH, AcP 147, 89 ff.; vgl. auch LORENZ, JuS 1966, 429 ff. (435)
2) vgl. etwa RG 11. 7. 1929 RGZ 125, 261 ff. (267); RG 15. 6. 1942 RGZ 169, 185 ff. (189 f.); BGH 17. 5. 1967 WM 1967, 935; vgl. ferner REINICKE, Rechtsfolgen, S. 22 ff. m. zahlr. N.
3) RG 30. 6. 1932 RGZ 137, 171 ff. (175); BGH 2. 2. 1967 NJW 1967, 1128 ff. (1131); STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 31; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 2 S. 957; LEHMANN-HÜBNER, AT § 31 VII, 2 S. 224/225; FLUME, AT 2 § 15 III, 3 b S. 269; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 17
4) dies konstatieren auch FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 286; REINICKE, Rechtsfolgen, S. 21
5) vgl. die Nachweise bei REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 8; LINNEMANN, Grenzen der Formnichtigkeit, Jur. Diss. Freiburg o. J., S. 74 ff.
6) zum Vorwurf etwa REINICKE, Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluß, Betr. 1967, 109 ff. (109) (folgend abgekürzt: REINICKE, Betr. 1967, 109 ff.)
7) bei arglistigem Verhalten wird ohnehin idR nur das negative Interesse geschuldet, da es ohne die Pflichtverletzung meist zu einem formgerechten Vertrag nicht gekommen wäre, vgl. etwa MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 8 III, 2 S. 64

turalersatz in Form der Erfüllung[1], positives Interesse in Geld[2] oder jedenfalls nur das negative Interesse[3] gefordert werden kann.

Die Zulässigkeit der von den Vertretern der ersten beiden Meinungen vorgenommene Prüfung, ob die formwidrige Vereinbarung ohne die Pflichtverletzung formgerecht zustandegekommen wäre, wird dabei - unter Hinweis auf einen angenommenen Verstoß gegen Formzweck[4] und Privatautonomie[5] - zum Teil verneint.

(c) Die Restriktion des § 125 Satz 1 BGB durch § 242 BGB

Im Vordergrund[6] der Diskussion um die Einschränkung des § 125 Satz 1 BGB steht

---

1) so ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 4 S. 957/958; GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff. (165); BOEHMER, Grundlagen II, 2 S. 97 f.; HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (114); REINICKE, Betr. 1967, 109 ff. (113)

2) so BGH 29. 1. 1965 NJW 1965, 812 ff. (814); BGH 29. 10. 1965 WM 1966, 89 ff. (90 f.); BGH 16. 2. 1965 NJW 1965, 1269

3) so FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 282/283; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 20 a

4) etwa FLUME (AT 2 § 15 III, 4 S. 283), der meint, die nur schuldhafte Herbeiführung der Formverletzung sei "nicht gewichtig genug, daß deshalb die mit den Formvorschriften verfolgten Zwecke außer acht gelassen werden könnten". Ebenso MEDICUS (Bürgerliches Recht, § 8 III, 3 S. 65; vgl. auch schon Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 209 ff., 214), der ausführt, je mehr der Schadensersatzanspruch der Erfüllung gleiche, umso stärker könne durch den Anspruch aus c.i.c. der "hauptsächliche Zweck der Formvorschrift vereitelt werden". In diesem Sinne auch LORENZ (JuS 1966, 429 ff., 435/436), nach dem die Heranziehung der c.i.c. zu komplizierten Schuldabwägungen führt, die mit dem vom Gesetz verfolgten Formzweck "nichts zu tun" hätten.

   Dagegen REINICKE (Betr. 1967, 109 ff., 112), der (zu § 313 BGB) mit Recht geltend macht, Erfüllung könne schließlich nur dann geschuldet werden, "wenn der Kaufvertrag sonst zustandegekommen und damit die Schutzfunktion dieser Bestimmung zur Geltung gekommen wäre".

5) vgl. FLUME (AT 2, § 15 III, 4 S. 283), der meint, es müsse bei § 249 BGB die Erwägung ausscheiden, ob es ohne die schuldhafte Handlung zu einem formgültigen Vertrag gekommen wäre. Die Gewährung eines Erfüllungsanspruchs bedeute jedenfalls einen Verstoß gegen die Privatautonomie, da aus Vorverhandlungen kein Anspruch auf Abschluß eines Vertrages resultieren könne.
   Dagegen überzeugend REINICKE (Betr. 1967, 109 ff., 112), der ausführt, wenn festgestellt sei, daß der formwidrige Vertrag jedenfalls abgeschlossen worden wäre, sei der Grundsatz der Privatautonomie dabei ja genügend berücksichtigt.

6) Die Lehre von der Konversion (dazu ausführlich REINICKE, Rechtsfolgen, S. 88 ff.) dürfte für den Bereich der Schriftformklausel nicht von Interesse sein.

die Restriktion durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), die in mehrfacher Hinsicht noch heute heftig umstritten ist.

(aa) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Nach - allerdings schwankender - Auffassung des BGH ist das Verhältnis zwischen den §§ 125 und 242 BGB dergestalt zu bestimmen, daß eine "Grenzziehung zwischen den Herrschaftsbereichen beider Vorschriften"[1] zu erfolgen hat.
Wie diese Grenzziehung vonstatten gehen soll, sei folgend kurz dargestellt:

Schon früh[2] war die vom BGH heute noch stets hervorgehobene Formel aufgetaucht, ein Abweichen von § 125 Satz 1 BGB unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben sei nur statthaft, wenn es gelte, ein nach den Beziehungen der Beteiligten und den gesamten Umständen schlechthin untragbares Ergebnis zu vermeiden; ein nur hartes Ergebnis genüge nicht[3].
Der BGH entwickelte diese, im wesentlichen auf objektive Umstände abstellende Formel zum Angelpunkt eines Fallrechts[4].
Dabei wird häufig auf zusätzliche, subjektive Kriterien Rückgriff genommen, deren Tatbestände (nicht: Rechtsfolgen) vor allem der exceptio-doli-Rechtsprechung des Reichsgerichts[5] entlehnt sind.

Nach anfänglicher Weigerung, den Grundsatz von Treu und Glauben iRd gesetzlichen

---

1) BGH 5. 2. 1957 BGHZ 23, 249 ff. (255); vgl. auch BGH 24. 11. 1960 NJW 1961, 410 ff. (412); vgl. aber BGH 18. 2. 1955 BGHZ 16, 334 ff. (336 f.); BGH 27. 10. 1967 BGHZ 48, 396 ff. (398 f.)
2) OGH Köln 7. 10. 1948 MDR 1949, 31 f.
3) BGH 18. 2. 1955 BGHZ 16, 334 ff. (336 f.); BGH 7. 3. 1956 BGHZ 20, 338 ff. (344); BGH 5. 2. 1957 BGHZ 23, 249 ff. (255); BGH 3. 12. 1958 BGHZ 29, 6 ff. (10 f.); BGH 12. 12. 1962 WM 1963, 407 ff. (408); BGH 10. 7. 1963 WM 1963, 1066 ff. (1068); BGH 29. 1. 1965 NJW 1965, 812 ff. (813); BGH 9. 3. 1965 WM 1965, 480 ff. (481); BGH 1. 6. 1966 WM 1966, 1086 ff. (1088); BGH 25. 2. 1966 BGHZ 45, 179 ff. (184); BGH 9. 10. 1970 JZ 1971, 459 ff. (460); vgl. die weiteren Nachweise bei REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 19, Fußn. 20
4) zur Methode im Einzelnen LORENZ, JuS 1966, 429 ff. (430)
5) zu den verschiedenen Phasen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vgl. etwa REINICKE, Rechtsfolgen, S. 29 ff.; LORENZ, AcP 156, 381 ff.; GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff. (154 ff.); FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 272 ff.

Formbestimmungen korrigierend herbeizuziehen, da "sonst Formvorschriften bedeutungslos sein würden"[1], machte das Reichsgericht, von der Vorstellung ausgehend, es handele sich bei der Geltendmachung der Formnichtigkeit um ein Einrederecht[2], unter Zuhilfenahme der §§ 826, 249 BGB für die Fälle des dolus malus praeteritus und des dolus malus praesens erste Ausnahmen. Die "Berufung" auf die Unwirksamkeit durch eine Partei, die die Formverletzung zum Zwecke späterer Lösung vom Vertrage arglistig herbeigeführt hatte, wurde mit der exceptio doli (dolus malus praeteritus) zurückgewiesen[3].

Einen dolus malus praesens sah das Reichsgericht darin, daß eine Partei nach schuldhafter (vorsätzlicher oder fahrlässiger) Herbeiführung des Formmangels die Erbringung ihrer Leistung verweigerte[4].

Verbunden wurde die Annahme eines dolus malus iSd § 826 BGB mit Rechtsgedanken der culpa in contrahendo und des venire contra factum proprium[5].

Dieses, z. T. vom Reichsgericht übernommene, schwer durchschaubare Gedankengebilde aus vermischt objektiv / subjektiven Kriterien möglicher Überwindung der Nichtigkeit iSd § 125 Satz 1 BGB, das mit der Grundsatzformel des untragbaren Ergebnisses die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen den §§ 125 und 242 BGB der richterlichen Würdigung des Einzelfalls überläßt, wird vom BGH in schwer voraussehbarer Weise gehandhabt; in durchaus vergleichbaren Fällen erfolgen ganz unterschiedliche Entscheidungen.

Sollte etwa die schuldhafte Herbeiführung der Formverletzung in einem Fall die Überwindung des § 125 Satz 1 BGB rechtfertigen[6], so wurde dies angesichts eines ande-

---

1) RG 30. 10. 1902 JW 1902, 281 Nr. 233;vgl. im übrigen die Nachw. oben S.96f.
2) RG 7. 6. 1902 RGZ 52, 1 ff. (5); RG 10. 10. 1919 RGZ 96, 313 ff. (315); dagegen etwa BOEHMER, Grundlagen II, 2 S. 96 f.; GERNHUBER aaO., S. 154 ff.
3) RG 22. 5. 1913 RGZ 82, 29 ff. (304) (obiter dictum); RG 10. 10. 1919 RGZ 96, 313 ff. (315) (obiter dictum)
4) RG 5. 5. 1917 WarnR 1917 Nr. 174; RG 10. 10. 1919 RGZ 96, 313 ff. (315). Das Reichsgericht nahm an, über § 249 BGB sei der Zustand herzustellen, der ohne die Berufung auf die Unwirksamkeit bestanden hätte, vgl. RG 28. 11. 1923 RGZ 107, 357 ff. (363); abweichend (Heranziehung von Erfahrungsgrundsätzen) RG 25. 1. 1924 RGZ 108, 58 ff. (59)
5) etwa RG 28. 11. 1923 RGZ 107, 357 ff. (363)
6) vgl. BGH 3. 12. 1958 BGHZ 29, 6 ff. (12)

ren, im wesentlichen gleichgelagerten Sachverhalts abgelehnt[1].

Im Jahre 1965 schien es, als wolle der BGH ein untragbares Ergebnis im Gegensatz zu früheren Entscheidungen nur noch in Fällen des dolus malus praeteritus annehmen; im übrigen wurde auf die culpa in contrahendo verwiesen[2].

Auch schwankte der BGH unter dem Einfluß der von HELDRICH[3] und GERNHUBER[4] geäußerten Bedenken, ob gegebenenfalls volle Erfüllungsansprüche zu gewähren seien[5], oder ob die Heilung des Vertrages auf die Aufrechterhaltung der zum Zeitpunkt der Entscheidung bestehenden Lage - bei § 313 BGB etwa der Besitz des Käufers am Grundstück - zu beschränken sei[6].

Wenig konsequent ist auch die Einordnung des Form z w e c k s in die Lösungsvorschläge: Während der BGH einige Male kategorisch darauf hinwies, daß nach seiner Ansicht der Zweck der Formvorschriften iRd Restriktion des § 125 Satz 1 BGB ausser Betracht zu bleiben hat, lediglich als "gesetzgeberisches Motiv", nicht als "tatbestandliche Voraussetzung" für das Eingreifen des § 125 Satz 1 BGB anzusehen ist[7], wurde doch andererseits in einigen Entscheidungen - freilich in begrenztem Maße - im Hinblick auf die Einschränkung der Unwirksamkeitsfolge durchaus mit dem Zweck der konkreten Formbestimmung operiert[8].

Die Folge ist eine Summe von uneinheitlichen, z. T. widersprüchlichen Entscheidungen, die aufgrund mangelnder dogmatischer Klarheit und sachlicher Diskutierbarkeit

---

1) vgl. BGH 21. 6. 1961 WM 1961, 1172 ff. (1173)
2) vgl. etwa BGH 18. 2. 1955 BGHZ 16, 334 ff. im Gegensatz zu BGH 29. 1. 1965 NJW 1965, 812 ff. und dazu die Kritik von LORENZ, JuS 1966, 429 ff. (430 f.)
3) HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (113, 119)
4) GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff. (165)
5) etwa BGH 18. 2. 1955 BGHZ 16, 334 ff. (338); BGH 5. 2. 1957 BGHZ 23, 249 ff. (255, 258); BGH 7. 3. 1956 BGHZ 20, 172 ff. (173)
6) vgl. BGH 3. 12. 1958 BGHZ 29, 6 ff.; zu den Konsequenzen vgl. LORENZ, JuS 1966, 429 ff. (434)
7) BGH 18. 2. 1955 BGHZ 16, 334 ff.; BGH 10. 7. 1963 WM 1963, 1066 ff. (1068); BGH 9. 3. 1965 WM 1965, 480 ff. (482); BGH 6. 2. 1970 BGHZ 53, 189 ff. (195)
8) vgl. BGH 12. 7. 1951 BGHZ 3, 94 ff. (103); BGH 3. 12. 1958 BGHZ 29, 6 ff. (12); besonders deutlich BGH 5. 7. 1967 MDR 1968, 42

geeignet sind, die Vorhersehbarkeit des Richterspruchs nahezu auszuschließen[1].

Auch durch die "Grundsatzentscheidung" vom 27. 10. 1967[2] hat sich hieran wesentlich nichts geändert. Bemerkenswert ist, daß der BGH gerade hier, da er seine bis zu diesem Zeitpunkt ergangene Rechtsprechung lehrbuchartig zusammenzustellen sich bemühte, mit der eigenen, vom Reichsgericht übernommenen[3] Rechtsprechung brach, nach der bei beidseitiger, bewußter Formverletzung die Anwendung des § 242 BGB grundsätzlich ausscheidet[4].

(bb) Die herrschende Lehre

Die herrschende Meinung in der Literatur schloß sich zwar dem Grundgedanken der Grenzziehung zwischen den §§ 125 Satz 2, 242 BGB an, äußerte aber überwiegend den dringenden Wunsch nach tatbestandlicher Präzisierung und einem klaren dogmatischen Konzept[5], um der entstandenen Rechtsunsicherheit Einhalt zu gebieten.

Aus der Vielzahl der einzelnen Lösungsvorschläge, die konstruktiv zumeist auf die anerkannten Tatbestände des § 242 BGB, d. h. die Arglist und das venire contra factum proprium abstellen[6], seien die Versuche hervorgehoben, ei-

---

1) REINHART, JZ 1971, 461 ff. (Anm. zu BGH 9. 10. 1970) weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß weitreichende Hilfsanträger der Parteien im konkreten Einzelfall Zeugnis der Unabsehbarkeit der richterlichen Entscheidung sind.
2) BGH 27. 10. 1967 BGHZ 48, 396 ff.
3) etwa RG 21. 5. 1927 RGZ 117, 121 ff. (124) (Edelmannfall)
4) so noch BGH 9. 3. 1965 LM Nr. 23 zu § 313 BGB; BGH 15. 11. 1960 WM 1961, 179 ff. (180); BGH 25. 9. 1957 BB 1957, 1123 (vgl. genauer oben S. 73 Fußn. 1)
5) kritisch zur Formel "untragbar/hart": BOEHMER, Grundlagen II, 2 S. 99; WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956, S. 28 ff.; BLOMEYER, JR 1958, 143 (Anm. zu BGH 25. 9. 1957); LORENZ, AcP 156, 381 ff. (382); ders. JuS 1966, 429 ff. (430); SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 24; REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 22 ff.; REINICKE, Rechtsfolgen S. 33 ff.; JERUSALEM, Die Zersetzung im Rechtsdenken, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968, S. 179 ff., 180; LARENZ, SchuR I § 10 III S. 116; zustimmend zur Formel "untragbar/hart" etwa FIKENTSCHER, Das Schuldrecht, Berlin 1965, § 22 S. 79 f., wohl auch ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 4 S. 959
6) vgl. BOEHMER, Grundlagen II, 2 S. 99; WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956, S. 28; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 4 S. 959 Fußn. 20; COING, Form und Billigkeit im modernen Privatrecht, Beilage zu DNotZ 1965, Heft 11, S. 29 ff. (47); LORENZ, JuS 1966, 429 ff. (436)

ne Präzisierung des Verhältnisses zwischen Unwirksamkeit und Treu und Glauben durch die Bildung von Fallgruppen zu erreichen[1].

Trotz des gemeinsamen Ansatzpunktes besteht jedoch eine wesentliche Differenz:

(aaa) Ein Großteil der Literatur hat, wenngleich Differenzen zu der Ansicht des BGH bestehen, mit diesem einen entscheidenden Gedanken gemeinsam; unberücksichtigt bleiben soll auch hier der Zweck der einzelnen Formvorschriften, eine teleologische Auslegung oder gar Restriktion wird in die Lösungsvorschläge nicht miteinbezogen[2].

(bbb) Die wohl herrschende Ansicht innerhalb der Lehre vertritt jedoch einen anderen Standpunkt, wonach der Zweck der Formvorschriften iRd Untersuchung, wann die Unwirksamkeit iSd § 125 Satz 1 BGB durch § 242 BGB überwunden ist, durchaus zu berücksichtigen ist: Abgewogen werden soll im Einzelfall, "ob der Zweck der nicht eingehaltenen Formvorschrift oder der Grundsatz von Treu und Glauben im Einzelfall Vorrang beansprucht"[3]. Statt des "untragbaren Ergebnisses" wird als Maßstab also der Zweck der konkreten Formbestimmung zugrundegelegt.

(2) Die Mindermeinung

Grundsätzlich anders soll das Problem der Einschränkung des § 125 Satz 1 BGB nach einer anderen Ansicht gelöst werden, die, schon früh nach der Entstehung

---

1) MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 8 III S. 63 ff.; REINICKE, Rechtsfolgen S.41 ff.; vgl. auch FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 276 ff. (der die Lösung über § 242 freilich ablehnt)

2) so STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 34 d; STAUDINGER-WEBER, § 242 Rdz. D 440; PALANDT-DANCKELMANN-HEINRICHS, § 125 Anm. 2 b; PALANDT-HEINRICHS, § 242 Anm. 4 d; LEHMANN-HÜBNER, AT § 31 VII S. 226 f.

3) SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 24; SOERGEL-KNOPP, § 242 Rdz. 356, 358; ebenso LINNEMANN, Grenzen der Formnichtigkeit, Jur.Diss. Freiburg o.J., S. 101 f.; COING, Form und Billigkeit im modernen Privatrecht, Beilage zu DNotZ 1965, Heft 11, S. 29 ff. (32, 34 f.); MARSCHALL v. BIEBERSTEIN, NJW 1965, 1014 f. (Anm. zu BGH 29. 1. 1965); LORENZ, JuS 1966, 429 ff. (436); wohl auch ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 4 S. 959; REINICKE, Rechtsfolgen, S. 34, 67 f.; SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1258) Ansätze dazu auch bei BGH 12. 7. 1951 BGHZ 3, 94 ff. (103 f.); BGH 3. 12. 1958 BGHZ 29, 6 ff.; BGH 5. 7. 1967 MDR 1968, 42

des BGB vereinzelt vertreten[1], heute immer mehr Anhänger zu finden scheint[2].

Es ist dies die Theorie der teleologischen Restriktion der Formvorschriften.

In der Erkenntnis, daß § 125 Satz 1 BGB in seiner Wirkung jedenfalls zu mildern ist, wird der Lösung durch punktuelle Billigkeitsausnahmen grundsätzlich "die Zurückführung einer von dem Zweck ... der gesetzlichen Regelung her gesehen zu weit gefaßten Norm auf den ihr sinngemäß zukommenden Anwendungsbereich"[3] vorgezogen.

Die einzelnen Formvorschriften, ohnehin nur Obersätze zu § 125 Satz 1 BGB, werden aus sich selbst heraus beschränkt, im Hinblick auf ihre Funktion inhaltlich begrenzt[4].

Die Nichtigkeitsfolge greift nicht ein bzw. entfällt, wenn der Zweck der jeweiligen Formvorschrift dies nicht (mehr) verlangt, also vor allem, wenn "der Zweck, den die Form zu erreichen strebt, erreicht ist"[5].

---

1) vgl. RG 10. 3. 1906 RGZ 63, 42 ff. (53); DANZ, Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden?, DJZ 1909, Sp. 281 ff.; ders., Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz, JherJb 54, 1 ff. (54 ff.); WÜSTENDÖRFER, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt - Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung, AcP 110, 219 ff. (327 ff.)

2) in Ansätzen BEITZKE, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen (1948), S. 31; deutlich LORENZ, AcP 156, 381 ff. (401 f., 408, 413); REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 124 ff.; ders., JZ 1971, 461 ff. (Anm. zu BGH 9. 10. 1970); BARTHOLOMEYCZIK, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 4. Aufl. 1967, S. 119 ff.; ESSER, SchuR I § 6 III, S. 40; wohl auch MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 8 III, 3 S. 66; für einzelne Fälle, wenngleich grds. ablehnend FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 285, 288; de lege ferenda HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (98, 102); COING, Form und Billigkeit im modernen Privatrecht, Beilage zu DNotZ 1965, Heft 11, S. 29 ff. (34)

3) LARENZ, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1 ff. (5); LARENZ (Methodenlehre, S. 342) wendet sich mit Recht gegen die Subsumtion der tel. Restriktion unter den Begriff "Auslegung" (vgl. etwa REINHART, JZ 1971, 461 ff. (Anm. zu BGH 9. 10. 1970): "Die methodisch geleitete Rechtsfortbildung ist ... eine Fortsetzung der eigentlichen Auslegung über deren immanente Grenze, den möglichen Wortsinn, hinaus."; ebenso ENGISCH, Einführung, S. 149 m.w.N.

4) so LORENZ, AcP 156, 381 ff. (401/402)

5) DANZ, Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden?, DJZ 1909, Sp. 281 ff. (286)

Der Vorschrift des § 125 Satz 1 BGB wird also der Vorbehalt hinzugefügt: "es sei denn, daß der Zweck der Form auf andere Weise erreicht wird"[1].

Die Heranziehung des § 242 BGB soll durch die Theorie der teleologischen Restriktion nicht gänzlich ersetzt, vielmehr auf die Fälle beschränkt werden, in denen der Zweck der konkreten Formbestimmung durchaus relevant (geblieben) ist, und es trotzdem gilt, außergewöhnlich unbilligen Verhaltensweisen den Schutz der Rechtsordnung zu versagen[2].

(3) Eigene Stellungnahme

(a) Eine Einschränkung des § 125 Satz 1 BGB mit Hilfe der Analogie zu den gesetzlichen Heilungsvorschriften erscheint nicht nur deshalb, weil sie in unzureichender Weise auf die Fälle der Erfüllung beschränkt wäre, sich ferner die mit der Form verfolgten Zwecke angesichts der Erfüllung durchaus nicht immer erledigen[3], sondern auch aus methodischen Gründen zweifelhaft:
Dem Gesetz ist zu entnehmen, daß in der Beschränkung auf die gesetzlich geregelten Heilungsfälle eine Planwidrigkeit nicht zu sehen ist, es sich vielmehr um ein planmäßiges Nichtvorhandensein weiterer Heilungsvorschriften handeln dürfte, so daß von einer schließungsbedürftigen Lücke, der Voraussetzung der Zulässigkeit einer Analogie[4], folglich kaum ausgegangen werden kann.

(b) Die vor allem im Praktischen ihren Ursprung findende Insuffizienz einer Lösung des Formproblems vermittels der Grundsätze des Schadensrechts, im Rahmen derer die "schweren" Fälle, etwa der Arglist, ebenso unzureichend gelöst werden wie die "leichten", bei denen ein relevantes Verschulden nicht feststellbar ist, wurde bereits von so kompetenter Seite dargestellt, daß an dieser Stelle auf die diesbezüglichen

---

1) WÜSTENDÖRFER, AcP 110, 219 ff. (327 f.); REINHART (Formnichtigkeit und Heilung, S. 90 ff., 124 ff.) will im Anschluß an Gedanken FLUMEs einige "absolute" Formen ausklammern, teleologische Restriktion nur bei den "additiven" Formen zulassen (vgl. dazu oben S. 91 f.)
2) vgl. etwa REINHART, JZ 1971, 461 ff. (Anm. zu BGH 9. 10. 1970)
3) vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 2 S. 957 Fußn. 16; FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 287; ferner unten S.117 ff.
4) etwa ENGISCH, Einführung, S. 134 ff.

Darstellungen[1] verwiesen werden darf.

(3) Die vom BGH im Hinblick auf § 242 BGB zugrundegelegte "Leerformel"[2] des untragbaren, nicht nur harten Ergebnisses lassen den in der Literatur lautgewordenen Wunsch nach tatbestandlicher Präzisierung und einem klaren dogmatischen Konzept verständlich erscheinen.
Die Diskussion um die Abgrenzung untragbar/hart ist schon im Ansatzpunkt emotionaler Natur; verhindert wird sachliche Diskussion, was der Vorhersehbarkeit der Entscheidung, damit der Rechtssicherheit, abträglich ist[3].

Zu begrüßen sind daher die in der Literatur zu beobachtenden Ordnungsversuche, vermittels derer der Restriktion des § 125 Satz 1 BGB adäquatere Maßstäbe verliehen werden sollen.

Ebenso wie dem BGH ist jedoch den Literaturstimmen, die eine Integration des Form z w e c k s in die Lösung ablehnen, nicht nur ein unbedachter Verzicht auf bewährte methodische Kriterien der Normenrestriktion, sondern auch Inkonsequenz vorzuwerfen.
Bei der iRd gesetzlichen Schutzformen allgemein anerkannten Rechtsfigur der Formfreiheit auch wesentlicher[4] Abreden, welche die Verpflichtung des durch die Form Geschützten lediglich einschränken[5], dient der Zweck doch auch nicht als lediglich "gesetzgeberisches Motiv", sondern durchaus als "Tatbestandsvoraussetzung" der Formvorschrift![6]

Auch bei den häufig zur Korrektur des § 125 Satz 1 BGB herangezogenen Schadensersatzansprüchen ist schließlich anläßlich der Prüfung, ob die mündliche Vereinba-

---

1) vgl. eingehend GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff. (165 ff.); LORENZ, AcP 156, 381 ff. (400 ff.); ders. JuS 1966, 429 ff. (435 f.)
2) REINICKE, Rechtsfolgen, S. 34
3) ebenso FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 277; REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 26 f.; ders. JZ 1971, 461 ff. (Anm. zu BGH 9. 10. 1970)
4) nur diese sind iRd gesetzlichen Form formbedürftig, vgl. etwa SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1257) m.w.N.
5) dazu im einzelnen oben S. 47 Fußn. 1
6) vgl. etwa BGH 29. 11. 1967 NJW 1968, 393: "Die Formvorschrift beansprucht Geltung nur insoweit, wie ihr Zweck reicht. Formlos gültig ist deshalb eine Abrede, durch welche die Haftung des Bürgen ... eingeschränkt wird."

rung ohne die Pflichtverletzung in der notwendigen Form zustandegekommen wäre, konsequenterweise - freilich im Hinblick auf § 249 BGB - der Zweck der konkreten Formvorschrift zu berücksichtigen[1].

Der Zweck der Form sollte daher als wesentliches, sachlich meßbares Kriterium iRd Restriktion des § 125 Satz 1 BGB nicht unberücksichtigt bleiben. Er spielt auch tatsächlich eine größere Rolle, als der BGH und die angesprochenen Literaturstimmen ihm zubilligen wollen.

Aber auch bei der im Schrifttum wohl herrschenden Ansicht, die die Zulässigkeit einer Restriktion des § 125 Satz 1 BGB durch eine Abwägung des Formzwecks gegenüber dem Grundsatz von Treu und Glauben feststellen will, ist die Stellung des Formzwecks nicht klar umrissen; die Waagschale der Billigkeit kennt eben keine allgemeingültigen, objektiv meßbaren Gewichtseinheiten. Solange man sich also nicht entschließt, jeden Fall der anderweitigen Zweckerreichung mit einem Verstoß gegen § 242 BGB zu identifizieren, was, da materiell teleologische Restriktion, die Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben zur Funktion bloß konstruktiver Rechtfertigung degradieren würde, ist das grundsätzliche Bedenken gegen die alleinige Verwendung des § 242 BGB nicht ausgeräumt:

Die Subjektivität einer durch eine nicht präzisierbare Billigkeitsformel ausgelösten Emotionalentscheidung läßt einen rechtsfreien, der Rechtssicherheit abträglichen Raum entstehen, in dem sachliche Diskussion auch im Rahmen einer Abwägung zwischen den §§ 125 Satz 1 und 242 BGB kaum möglich ist; wird doch der Richter geradezu aufgefordert, die Wertordnung des Gesetzes mit der eigenen zu vertauschen[2].

(4) Der Grundsatz von Treu und Glauben sollte daher als Billigkeitslösung, "als letzter Ausweg, um der materiellen Gerechtigkeit ... zum Durchbruch zu verhelfen"[3] hinter anderen zu vernünftigen Ergebnissen führenden Konstruktionen zurückstehen[4]. Dabei ist der Ansatzpunkt der teleologischen Restriktion zu billigen:

---

1) vgl. GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff. (176); REINICKE, Betr. 1967, 109 ff. (113)
2) ebenso GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff. (158)
3) REINHART, JZ 1971, 461 ff. (462)
4) ebenso HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (113); ERMAN-WESTERMANN, § 125 Anm. 5

Von zwei möglichen, methodisch gleichwertigen Formen der Restriktion (auch die Lösung mit § 242 BGB ist methodisch nichts anderes als eine Restriktion, die Schließung einer "verdeckten Lücke"[1] des Gesetzes[2]) ist zumindest soweit sie reicht, die teleologische vorzuziehen, da so der Diskussion um die Einschränkung des § 125 Satz 1 BGB eine sachlich diskutierbare, folglich der Rechtssicherheit dienliche[3], Grundlage vermittelt werden kann.

Dies bedeutet nicht etwa, wie FLUME befürchtet, auf die Form überhaupt zu verzichten[4], sie als generelle Norm aufzugeben[5], sondern lediglich, die Form als Trägerin einer Aufgabe zu respektieren, die dann keine Geltung beansprucht, wenn die mit ihr verfolgten Zwecke im Einzelfall - und das sind doch häufig die Fälle, in denen sich das Rechtsempfinden regt[6] - anderweitig erreicht sind, die Form zum Formalismus wird. Die Form dagegen um ihrer selbst willen zu erhalten, besteht kein Anlaß.

In welchen Fällen die gesetzlichen Formen als Absoluta anzusehen sind, die auch Einschränkungen unter dem Gesichtspunkt der Zweckrelevanz aus Gründen der Rechtssicherheit o. Ä. nicht vertragen, ist umfassend von REINHART[7] untersucht worden und soll, da im vorliegenden Rahmen nicht von Interesse, hier nicht näher geprüft werden.

Der Grundsatz von Treu und Glauben sollte dagegen den ihm gebührenden Platz als

---

1) vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 355; CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, Berlin 1964, S. 137 (folgend abgekürzt: CANARIS, Lücken im Gesetz)
2) vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 373; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 59 S. 348 Fußn. 10
3) Wenn CANARIS (Lücken im Gesetz, S. 152) meint, eine teleologische Restriktion der Formvorschriften scheide aus Gründen des ihnen immanenten abstrakten Zwecks der Rechtssicherheit aus, während Einschränkungen aus rechtsethischen Gründen dagegen möglich seien, so ist ihm zu erwidern, daß, wie etwa anhand der Rechtsprechung des BGH gezeigt, die Heranziehung ethischer Prinzipien der Rechtssicherheit durchaus weniger dienlich sein kann.
4) FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 284
5) FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 285
6) vgl. ESSER, SchuR I § 6 III, 3 S. 40
7) REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 140 ff.

letzte Möglichkeit, der materiellen Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen, einnehmen; nur wenn der Zweck der Form im Einzelfall an sich die Unwirksamkeit der formwidrigen Vereinbarung erfordert, kann in Ausnahmefällen § 242 BGB herangezogen werden.

(4) Ergebnis

Bereits bei einem oberflächlichen Ansatz, die im Rahmen der gesetzlichen Form befürwortete Lösung bezüglich ihrer Anwendbarkeit auf die gewillkürte Form zu überprüfen, wird deutlich, daß hier der richtige, übertragbare Ansatzpunkt gefunden ist. Denn die Rechtsfolgen der Verletzung einer gewillkürten Formbestimmung wurden wegen der hier bestehenden Parteiautonomie seit jeher wesentlich durch teleologische Auslegung bestimmt[1].

Im folgenden sei daher der Versuch gemacht, den Gedanken einer zweistufigen Einschränkung der Unwirksamkeitsfolge (anderweitige Zweckerreichung / Treu und Glauben) im Bereich der gewillkürten Form, insbesondere der Schriftformklausel, zu etablieren.

d) Eigene Lösung: Zweistufige Restriktion der Nichtigkeit

(1) Ergänzende Vertragsauslegung:
Wirksamkeit bei anderweitiger Zweckerreichung

(a) Grundsätze

Der allgemein anerkannte Gedanke, daß entscheidendes Kriterium für die Folgen einer Verletzung der gewillkürten Form der Zweck der Formvereinbarung ist[2], wurde in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht weitergeführt als bis zu der Prüfung, ob die vereinbarte Form nur deklaratorische oder konstitutive Funktion hat. Ungeprüft blieb bislang, ob auch im Rahmen der konstitutiven Form

---

1) vgl. oben S. 11
2) vgl. oben S. 11

eine teleologische Auslegung gemäß den §§ 133, 157 BGB ergeben kann, daß die Unwirksamkeitsfolge nicht eingreift bzw. entfällt[1) 2)].

M. E. ergibt sich dies aus einer ergänzenden Vertragsauslegung[3)]:

Nach dem Wortlaut der Schriftformklauseln scheint die dort getroffene Regelung zunächst klar und lückenlos zu sein: Der Mangel der vereinbarten Form hat die Unwirksamkeit mündlicher Abreden zur Folge; Einschränkungen sieht der Wortlaut nicht vor.

Bei näherer Betrachtung stößt die Annahme der Lückenlosigkeit jedoch - ähnlich wie schon beim Umfang der Schriftform[4)] - auf Bedenken.

Der Grundsatz der Formfreiheit weist die gewillkürte Form als reine Zweckform aus; Grundlage und Maßstab ist lediglich der Parteiwille. Dieser wiederum wird von den mit der Formbestimmung verfolgten Zwecken bestimmt.
Der Ausdruck dieses Parteiwillens, die Schriftformklausel, enthält jedoch nach ihrem Wortlaut eine Schematisierung, welche auf die mit ihr verfolgten Zwecke keine Rücksicht nimmt. Es fehlt eine ausdrückliche Regelung für die Fälle, in denen der Zweck der Form anderweitig erreicht wird, die Unwirksamkeit mündlicher Abreden daher nicht (mehr) verlangt.
Hat die Schriftform ihre konkrete Aufgabe im Einzelfall solchermaßen verloren, so kann es dem Willen der Parteien nicht entsprechen, die konstitutive Wirkung der Formklausel aufrechtzuerhalten; die Form ist Mittel, nicht Selbstzweck.

Insoweit ist die "als gewollt bezeichnete Rechtsfolge ... nicht scharf und richtig erkannt"[5)], denn es ist anzunehmen, daß die Beteiligten, hätten sie sie bedacht, für

---

1) Grund dafür ist nicht zuletzt der herrschende, starre Nichtigkeitsbegriff, vgl. oben S. 75 ff.
2) Ansätze dazu allenfalls bei KÖTZ, JZ 1967, 288 ff. (Anm. zu BGH 19. 9. 1966); vgl. auch EISNER, NJW 1969, 118 ff. (121)
3) zur ergänzenden Vertragsauslegung grundlegend etwa LARENZ, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts - Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Fotomechanischer Nachdruck der ersten Auflage 1930, Frankfurt a.M. 1966, S. 92 ff.; FLUME, AT 2 § 16, 4 S. 321 ff.; LÜDERITZ, Auslegung, S. 386 ff.
4) vgl. oben S. 31 ff, 46 ff.
5) so ENNECERUS-NIPPERDEY, § 205 II, 2 S. 1254 zur ergänzenden Vertragsauslegung

diese Fälle eine differenzierende Regelung vereinbart haben würden.

Die Lage ist mit der der gesetzlichen Form vergleichbar. Hier wie dort besteht eine schematisierende Regelung, die Ausdruck einer verdeckten Lücke ist.

Das methodische Gegenstück zur teleologischen Gesetzesrestriktion ist für den Bereich der rechtsgeschäftlichen Auslegung die ergänzende Vertragsauslegung[1], die Normierung des "hypothetischen Parteiwillens"[2]. Die normative Feststellung der Lücke beinhaltet zugleich die Maßstäbe ihrer Ausfüllung[3]:

Die anderweitige Erreichung des mit der Form verfolgten Zwecks überwindet das Wirksamkeitshemmnis[4] der mangelnden Formwahrung[5]. Die gemäß § 125 Satz 2 BGB angeordnete Unwirksamkeitsfolge greift nicht ein bzw. entfällt, wenn aufgrund der besonderen, rechtlich relevanten Umstände des Einzelfalls der mit der Form verbundene Zweck anderweitig erreicht wird.

Wirksam sind bzw. werden daher insbesondere mündliche Abreden, bei denen

---

1) vgl. etwa LARENZ, Methodenlehre, S. 286
2) vgl. RG 5. 4. 1905 RGZ 60, 356 ff.; RG 22. 4. 1920 RGZ 99, 82 ff. (85); RG 5. 2. 1931 RGZ 131, 278 ff. (282); STAUDINGER-COING, § 133 Rdz. 37; BROX, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und deren Auslegung, Karlsruhe 1960, S. 133 ff.; LEHMANN-HÜBNER, AT § 30 VI, 5 S. 216; ablehnend gegenüber dem Begriff des "hypothetischen Parteiwillens" etwa LARENZ, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 97; MANGOLD, Probleme der Auslegung des Individualvertrages, NJW 1962, 1597 ff. (1600); vgl. auch LÜDERITZ, Auslegung, § 19 II, 3 S. 395 f.
3) vgl. LARENZ, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737 ff. (739); CANARIS, Lücken im Gesetz, S. 148 ff. (153) (die Problematik ist gleich)
4) dazu im einzelnen oben S. 75 ff.
5) Der Zweck der gesetzten Regelung ist herrschend als Maßstab der Ausfüllung (meist offener, nicht verdeckter Lücken) iRd ergänzenden Auslegung anerkannt, vgl. schon LEONHARD, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900, S. 361 f.; TITZE, Die Lehre vom Mißverständnis, Eine zivilrechtliche Untersuchung, Berlin 1910, S. 469 f.; MANIGK, Irrtum und Auslegung, Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung, Berlin 1918, S. 165; DANZ, Auslegung S. 111; STAUDINGER-COING, § 133 Rdz. 38; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 205 II, 2 S. 1257; LARENZ, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737 ff. (738)

- aufgrund der den Abschluß begleitenden Umstände der Zweck der Formvereinbarung anderweitig erreicht wird,
- aufgrund besonderer, später auftretender Umstände, vor allem des Parteiverhaltens, der Zweck der Formvereinbarung anderweitig erreicht wird.

Im Fall der Zweckkonkurrenz wird die Frage der anderweitigen Zweckerreichung nach den Grundsätzen des eindeutig überwiegenden Formzwecks gelöst. Ist ein solches Überwiegen nicht feststellbar, so sind sämtliche Formzwecke gleichmäßig zu berücksichtigen[1].

Die Wendung "im Zweifel" in § 125 Satz 2 BGB bedeutet nach der hier vertretenen Ansicht also nicht allein, daß die gewillkürte Form einerseits nur deklaratorischer, andererseits konstitutiver Natur sein kann, sondern darüber hinaus:

Auch im Rahmen einer konstitutiven Formvereinbarung besteht die Unwirksamkeit als Folge einer Formverletzung nur "im Zweifel", d. h. nur dann, wenn der mit der Form verfolgte Zweck dies erfordert.

Zweifel gehen also - auch wegen des abstrakten Zwecks der Rechtssicherheit - zu Lasten der Wirksamkeit mündlicher Abreden.

(b) Die Wirkung späterer Zweckerreichung

Die spätere, die Wirksamkeitsvoraussetzung der Formwahrung entbehrlich machende anderweitige Zweckerreichung bewirkt, daß die bis dahin (schwebend[2]) unwirksame mündliche Abrede wirksam wird.

Die Parallele zu den gesetzlichen Heilungsfällen ist nicht zu übersehen; die Wirkungen der anderweitigen Zweckerreichung sollten daher an die zu den Fällen gesetzlicher Heilung entwickelten Grundsätze[3] angelehnt werden. Das Wirksamwerden der mündlichen Abrede hat daher keine rückwirkende Kraft, die Parteien sind

---

1) ebenso zur gesetzl. Form REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 141
2) vgl. oben S.75 ff.
3) vgl. etwa PALANDT-HEINRICHS, § 313 Anm. 14; LARENZ, AT § 29 I, S. 445

jedoch analog § 141 Abs. 2 BGB im Zweifel schuldrechtlich verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die mündliche Vereinbarung von Anfang an wirksam gewesen sein würde[1].

(c) Einzelne Fallgestaltungen

Folgend seien - isoliert für die typischen Hauptzwecke der Schriftformklausel - einige Fallgestaltungen untersucht, in denen die Annahme anderweitiger Zweckerreichung denkbar ist.
Den angeführten Beispielen liegt nicht etwa ein Anspruch auf Vollständigkeit zugrunde, vielmehr soll lediglich anhand einiger Tatbestände gezeigt werden, daß das Prinzip der Zweckerreichung iRd Lösung des Formproblems, insbesondere der durch die Schriftformklauseln aufgeworfenen Fragen, wertvolle Dienste zu leisten imstande ist.

(aa) Übereilungsschutz

Ausgangspunkt ist im folgenden die Annahme, die Schriftformklausel diene dem Schutz beider Parteien vor Übereilung; soll ausnahmsweise nur eine Partei geschützt werden, so sind die Tatbestände der anderweitigen Zweckerreichung jedoch unschwer aus dem Gesagten abzuleiten.

Wirksam dürfte zunächst eine mündliche Abrede sein, bei deren Zustandekommen durch besondere, konkrete Umstände, etwa bei langen, sorgfältig durchgeführten und abgeschlossenen Verhandlungen, ausnahmsweise der Übereilungsschutz auch ohne die Form gewahrt ist, d. h. die mündliche Vereinbarung jedenfalls abgeschlossen worden wäre[2].

Mündliche Abreden dürften auch dann formlos wirksam sein, wenn der durch die Na-

---

1) etwa RG 21. 12. 1926 RGZ 115, 6 ff. (12); RG 22. 10. 1931 RGZ 134, 84 ff. (87); BGH 13. 1. 1960 BGHZ 32, 11 ff. (13); BGH 15. 5. 1970 NJW 1970, 1541 ff. (1543); STAUDINGER-KIEFERSAUER, § 313 Rdz. 135; SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT, § 313 Rdz. 35; PALANDT-HEINRICHS, § 313 Anm. 14 b; a.A. LARENZ, SchuR I § 5 S. 59 (Rückwirkung) m.w.N.

2) ebenso (zur gesetzl. Form) wohl ESSER, SchuR I, § 6 III, S. 40; vgl. auch MEDICUS, Bürgerliches Recht § 8 III, S. 65

tur der einzelnen Abrede eindeutig zu schützende, d. h. im Zweifel der rechtlich Benachteiligte, die Aufnahme der mündlichen Vereinbarung in die vereinbarte Form arglistig verhindert[1], wenn er also weiß oder zumindest damit rechnet, daß die andere Partei auf die Wirksamkeit der Abrede vertraut. Der Arglistige bedarf keines Schutzes.

Ein weiterer Fall der Zweckerreichung liegt vor, wenn der konkret zu Schützende die fragliche Abrede in Kenntnis des Formmangels später formlos bestätigt[2].

Eine solche Bestätigung liegt etwa dann vor, wenn der zu Schützende eine im Hinblick auf die mündliche Vereinbarung erfolgende Leistung der anderen Partei in Kenntnis der Formverletzung annimmt[3], oder er selbst in Unkenntnis der Unwirksamkeit eine entsprechende Leistung erbringt, danach die Unwirksamkeit erkennt und letztere nicht unverzüglich gegenüber der anderen Partei geltend macht[4]. Bestätigungen in diesem Sinne werden zur Annahme der anderweitigen Zweckerreichung nicht als ausreichend anzusehen sein, wenn sie unmittelbar nach dem Treffen der mündlichen Abrede erfolgen; andererseits sind jedoch das Zeitmoment betreffend keine allzuhohen Anforderungen zu stellen, da auch die Wahrung der Schriftform im allgemeinen nicht mit erwähnenswertem Zeitaufschub verbunden ist.

Der Zweck des Übereilungsschutzes ist in aller Regel auch dann erreicht, wenn der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt ist[5].

---

1) so im Ergebnis auch die h. M. zur gesetzl. Form, vgl. etwa BGH 12. 7. 1951 BGHZ 3, 94 ff. (103 f.); BGH 3. 12. 1958 BGHZ 29, 6 ff.; RG 22. 5. 1913 RGZ 82, 299 ff. (304); RG 10. 10. 1919 RGZ 96, 313 ff. (315); LARENZ, SchuR I, § 10 III, S. 121; MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 8 III, 2 S. 64; REINICKE, Rechtsfolgen, S. 46 f. m.zahlr. N.; Zweckerreichung iRd gesetzl. Form nehmen an ESSER, SchuR I § 6 III, S. 40; REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 169

2) ebenso zur gesetzl. Form REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 169; vgl. auch FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 288; REINICKE, Rechtsfolgen, S. 60

3) ebenso zur gesetzl. Form REINHART, Formnichtigkeit und Heilung, S. 169; im Ergebnis auch FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 288; LEHMANN-HÜBNER, AT § 31 VII S. 225

4) so zur gesetzl. Form FLUME, AT 2 § 15 III, 4 S. 289

5) zur herrschenden Meinung, die bei Erfüllung mit der Konstruktion einer konkludenten Aufhebung iVm § 141 Abs. 1 BGB arbeitet, vgl. oben S. 99

Da das Geschäft gemäß allen Vereinbarungen, auch der formlosen Abreden, erledigt worden ist, bedarf es eines Schutzes vor übereilten, einzelnen Vereinbarungen nicht mehr[1]. Ausnahmen können allenfalls dann gelten, wenn die Abrede ein essentialium negotii betraf: Hier wird Kenntnis der Unwirksamkeit bei der Erfüllung verlangt werden müssen[2]. Zu weiteren Ausnahmen sogleich unten.

Erfüllung nur gemäß der mündlichen Abrede reicht aus, wenn die Leistung in Kenntnis der Formverletzung erfolgt. Allerdings ist jeweils genau zu prüfen, ob der Akt der Erfüllung geeignet ist, die an sich der Form übertragene Schutzfunktion zu übernehmen. Zweifel können, wie HELDRICH[3] zu Recht ausführt, etwa auftreten in Fällen, da die Leistung "in einem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis besteht ... oder sich in einer formlosen Willenseinigung erschöpft, wie zB bei Abtretung einer Forderung, bei Erlaß oder Verzicht" und [4] ein durch Zeitaufschub gewährter Schutz vor Übereilung im konkreten Fall nicht vorliegt.
Überhaupt wird man - wie bei den anderen Fällen der formlosen Bestätigung - in aller Regel auch bei Kenntnis der Unwirksamkeit eine gewisse zeitliche Differenz zwischen dem Zustandekommen der mündlichen Abrede und der Erfüllung als erforderlich ansehen müssen. Grundsätzlich ist jedoch die Erfüllung in Kenntnis der Formverletzung ein Fall der Zweckerreichung, die mündliche Abrede wird also wirksam.

Bei Dauerschuldverhältnissen, die nicht gänzlich abgewickelt sind, gilt für die Vergangenheit Gleiches, da nur insoweit der Übereilungsschutz gewahrt ist; darüber hinaus wird in der Erfüllung in Kenntnis der Unwirksamkeit jedoch zumeist eine einfache formlose Bestätigung im obigen Sinne[5] zu sehen sein.

---

1) LORENZ, AcP 156, 381 ff. (413) führt (zur gesetzl. Form) aus: "Generell läßt sich sagen: Je länger sich die Parteien wirtschaftlich auf den Bestand des bereits in Vollzug gesetzten Vertrages eingerichtet und ihn als gültig behandelt haben, um so mehr verflüchtigt sich der Formzweck."
2) weitergehend WASSERTRÜDINGER, JR 1928, 82 ff. (84) (Verzicht auf die Kenntnis); wie hier (zur gesetzl. Form) etwa ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 2 Fußn. 16
3) HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (100); vgl. auch LANGE, AcP 144, 149 ff. (150)
4) dies übersieht HELDRICH aaO.
5) vgl. oben S. 118

(bb) Erkennbarkeit für Dritte

Die Vielfalt möglicher Gründe für das Interesse Dritter an der Kenntnis des Inhalts eines Vertrages entzieht die Fälle der anderweitigen Zweckerreichung in gewissem Maße allgemeiner Darstellung. Grundsätzlich wird jedoch in den Fällen, da die Schriftformklausel die Erkennbarkeit für bestimmte Dritte bezweckt, der Formzweck anderweitig erreicht sein, wenn der fragliche Dritte Kenntnis von der Abrede erhält und diese für wirksam hält.
Auch die Erfüllung des ganzen Vertrages oder auch nur der fraglichen Abrede wird häufig ein Fall der Zweckerreichung sein; das Interesse des oder der Dritten erlischt in der Regel durch die Abwicklung.
Zum Sonderfall des langfristigen Miet- oder Pachtvertrages[1]:

Kein Fall der anderweitigen Zweckerreichung liegt vor, wenn ein bereits feststehender Grundstückserwerber Kenntnis von der fraglichen Abrede erhält, da diesem ebenso wie dem ursprünglichen Eigentümer ein weiterer Erwerber hinzugedacht werden muß. Anders ist es jedoch in der Regel, wenn der Vertrag gänzlich oder auch nur gemäß der formlosen Abrede erfüllt wird[2].
Nicht nur das Vertrauen des Empfängers verlangt Schutz vor Rückgängigmachung der erbrachten Leistung[3], sondern auch das Interesse eines dritten Grundstückserwerbers an der Kenntnis bereits abgewickelter Abreden ist zumeist gering. Der Zweck der Schriftformklausel, in weiterem Sinne der Schutz des Dritterwerbers, legt hier sogar nahe, den Dritten nicht in Rückabwicklungsprobleme (vgl. die §§ 812 ff. BGB)[4] zu verwickeln, die für ihn nicht voraussehbar sind.

(cc) Materielle Inhaltsklarheit

Fraglich ist zunächst, ob eine Ausnahme von der Unwirksamkeit iSd § 125 Satz 2

---

1) vgl. oben S. 14
2) so im Ergebnis die herrschende Meinung, die in der Erfüllung idR eine Aufhebung des Formzwangs, verbunden mit einer Neuvornahme iSd § 141 Abs. 1 BGB, sehen will, vgl. die Nachweise oben S. 99
3) so zur Schriftformklausel etwa EISNER, NJW 1969, 118 ff. (121); ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963)
4) dazu noch unten S. 132

BGB dann zu machen ist, wenn die Tatsache einer ungeachtet der Schriftformklausel getroffenen, mündlichen Abrede zwischen den Parteien unstreitig ist. Hierzu schreibt KÖTZ[1]:

"Ergibt die Auslegung des Vertrages, daß der mit der Schriftformklausel verfolgte Zweck allein in der Beseitigung von Zweifeln über den Vertragsinhalt besteht, so folgt daraus, daß die Schriftformklausel von vornherein gleichsam "leerläuft", wenn über den Inhalt des mündlich abgeänderten Vertrages ein Streit unter den Parteien gar nicht besteht. Mit anderen Worten: Ist unter den Parteien unstreitig, daß der Vertrag durch mündliche Vereinbarung eine bestimmte Änderung erfahren hat, ... so steht die Schriftformklausel der Gültigkeit des mündlich Vereinbarten nicht entgegen; ... Die Schriftformklausel wird bedeutsam nur dort, wo die Tatsachen, mit denen eine Partei die von ihr behauptete Vertragsänderung darzutun sucht, vom Gegner bestritten wird."

Gedanken der Zweckerreichung schweben auch EISNER[2] vor, wenn er zum Problem der konkludenten Aufhebung der Formklausel durch Vertragsänderungen[3] äußert:

"Zu den klaren Ausnahmefällen können m.E. diejenigen gerechnet werden, bei denen Abschluß und Inhalt der mündlichen Vereinbarung nicht streitig sind, da hier der mit der Schriftformklausel bezweckte Erfolg, nämlich die unbestreitbare Festlegung der Vertragsbeziehungen, nicht in Frage gestellt wird."

Ist der von KÖTZ und EISNER geäußerte Gedanke einerseits bestechend, so ist doch andererseits nicht zu verkennen, daß der Annahme der Wirksamkeit formloser Abreden bei Unbestrittensein auch Bedenken, und zwar im Hinblick auf die von den Parteien gewollte Rechtssicherheit entgegenstehen.

Man denke an den Fall wechselnden Bestritten- und Unbestrittenseins einer mündlichen Abrede; wann ist die formlose Vereinbarung wirksam - somit Rechtsgrund iSd §§ 812 ff. BGB -, wann nicht? Das Unbestrittensein einer Abrede ist als punktueller, d. h. zeitlich begrenzter Zustand ungeeignet, die mit der Schriftformklausel bezweckte Rechtssicherheit zu garantieren. Ein Fall der anderweitigen Zweckerreichung wäre allerdings das Unbestrittenbleiben; ob die Existenz einer mündlichen Vereinbarung jedoch unbestritten bleibt, läßt sich erst aus der Rückschau, d. h. erst dann, wenn

---

1) KÖTZ, JZ 1967, 288 ff. (289) (Anm. zu BGH 19. 9. 1966)
2) EISNER, NJW 1969, 118 ff. (121); vgl. auch LÜDERITZ, Auslegung, § 12 II, 2 S. 219 f.
3) vgl. oben S. 58 ff.; vgl. ferner oben S. 62 Fußn. 3; S. 72 Fußn. 1

die fragliche Abrede nicht mehr Gegenstand eines Streites der Parteien sein kann, beurteilen. Die von KÖTZ und EISNER vertretene Ansicht dürfte daher abzulehnen sein.

Kein Fall der anderweitigen Zweckerreichung ist auch die Erfüllung gemäß der einzelnen Abrede oder des ganzen Vertrages.
Zwar legt das Prinzip des "quieta non movere", das ebenso wie der Zweck der materiellen Inhaltsklarheit dem Ziel der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens zuzuordnen ist[1], hier nahe, den Empfänger der ohne Rechtsgrund erbrachten Leistung in der durch die Erfüllung geschaffenen Lage zu belassen[2].
Jedoch wird durch den Zweck der Inhaltsklarheit eine andere Form der Rechtssicherheit angestrebt; denn ist es Zweck der Formklausel, die unbestreitbare Klärung der materiellen Rechtslage zu ermöglichen, so gilt es dieses Ziel auch und gerade dann zu erreichen, wenn das zur Erfüllung Hingegebene von einer der Parteien als rechtsgrundlos zurückgefordert wird.

Es wird deutlich, daß die herrschende Meinung, nach der in der Erfüllung regelmäßig eine Aufhebung des Formzwangs (verbunden mit einer Neuvornahme) zu sehen ist[3], mit einer leeren Hilfskonstruktion arbeitet; die Frage nach ihrer Ausfüllung kann erst anhand weiterer Kriterien - vor allem des Zwecks der Form - beantwortet werden[4].

---

1) LANGE (AcP 144, 149 ff. (152)) bemerkt hierzu: "Je mehr aber das Versprechen in den Vollzug übergeht, um so mehr verdient es, um des Rechtsfriedens willen, Schutz vor Rückgängigmachung."
2) so zur Schriftformklausel etwa ERMAN, AP Nr. 1 zu § 127 BGB; EISNER, NJW 1969, 118 ff. (121); vgl. auch WASSERTRÜDINGER, JR 1928, 82 ff. (84); zur gesetzl. Form vgl. ferner HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (99)
3) vgl. oben S.99 m.w.N.
4) Besteht der Zweck der Schriftformklausel dagegen lediglich darin, den Anforderungen einer irrtümlich angenommenen, gesetzlichen Formvorschrift zu genügen, so ist, da ein relevanter Zweck nicht besteht, jede Abrede formlos wirksam. A. A. die h. M., die auch einer so motivierten Formvereinbarung Bedeutung wie jeder anderen beimessen will, vgl. etwa RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 29; STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 32 m.w.N.; OLG Düsseldorf 6. 7. 1970 Betr. 1970, 1778

(2) § 242 BGB

(a) Grundsätze

Erst nach der Prüfung, ob nicht aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls der Zweck der Schriftformklausel anderweitig erreicht ist, ist zu fragen, ob der Grundsatz der Unwirksamkeit mündlicher Abreden Einschränkungen unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB bedarf.

Dabei wird der zur gesetzlichen Form herrschenden Ansicht im Schrifttum zu folgen sein, nach der sorgfältig zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Zweck der Form abzuwägen ist[1].

Die Restriktion des § 125 Satz 2 BGB durch § 242 BGB sollte ferner - auch insoweit der herrschenden Literaturmeinung zur gesetzlichen Form entsprechend[2] - auf die anerkannten Tatbestände des § 242 BGB, also vor allem die Arglist und das venire contra factum proprium beschränkt werden.
Allenfalls bei einer späteren Änderung des Vertrages, die von den Parteien in Unkenntnis des Bestehens der Formklausel nur mündlich getroffen wird, könnte man noch daran denken, einen relevanten beidseitigen Irrtum über die Geschäftsgrundlage anzunehmen.
Voraussetzung hierfür wäre, daß das Fehlen einer die Wirksamkeit der formlosen Vereinbarung hemmenden Klausel als Geschäftsgrundlage angesehen werden könnte.

Was unter Geschäftsgrundlage zu verstehen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet. Nach der ersten Begriffsbestimmung OERTMANNs[3]

---

1) vgl. oben S. 107
2) vgl. oben S. 106
3) vgl. OERTMANN, AT, Vorbem. 1 f. vor § 158; zur Entwicklung der Lehre von der Geschäftsgrundlage über die clausula rebus sic stantibus und WINDSCHEIDs Lehre "von der Voraussetzung" vgl. eingehend ENNECERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse - Ein Lehrbuch, 15. Aufl. Tübingen 1958, § 41 II, 4 S. 177 ff.

ist sie immer wieder unterschiedlich definiert worden[1].
Gemeinsam ist jedoch allen Definitionen, daß als Geschäftsgrundlage gewisse, für Abschluß und Durchführung des Vertrages grundlegende, außerhalb des Geschäfts als solchem liegende Umstände anzusehen sind, die von den Parteien bewußt oder unbewußt als für die vertragliche Regelung wesentlich vorausgesetzt werden.

Hieraus wird deutlich, daß der vorliegende Fall in die Lehre vom Irrtum über die Geschäftsgrundlage kaum integrierbar ist. Denn einmal irren die Parteien hier nicht über grundlegende Umstände, die ihren Ursprung außerhalb des Vertrages haben, sondern lediglich über den Inhalt ihrer eigenen, vorgängigen Vereinbarungen.

Zum anderen kann ein Irrtum über die Geschäftsgrundlage dann nicht angenommen werden, wenn die in dem speziellen Vertrag getroffene Verteilung gewisser Risiken deutlich macht, daß die aufgetretene Störung in anderer Weise geregelt ist[2]. Bei Vereinbarung der Schriftformklausel sind sich die Parteien bewußt, daß die Vorteile der besonderen Form mit der Möglichkeit der Geltendmachung der Unwirksamkeit formloser Abreden erkauft werden. Der durch die konkrete Vereinbarung Benachteiligte hat durch Zustimmung zu der Formklausel daher das Risiko übernommen, daß diese sich möglicherweise zu seinen Ungunsten auswirkt. Da das vorliegende Problem somit vertraglich geregelt ist, kann in der latent vorhandenen Vorstellung, es bestehe keine die Wirksamkeit der formlosen Abrede einschränkende Regelung, als Irrtum über die Geschäftsgrundlage daher nicht angesehen werden.

Schließlich wäre eine Ausdehnung der Lehre von der Geschäftsgrundlage auf Fälle dieser Art geeignet, den Ausnahmecharakter dieses Rechtsinstituts, damit die Rechtssicherheit, zu gefährden.

---

1) vgl. etwa RG 3. 2. 1922 RGZ 103, 328 ff. (332); RG 15. 12. 1941 RGZ 168, 121 ff. (126); ENNECERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse - Ein Lehrbuch, 15. Aufl. Tübingen 1958, § 41 II, 4 S. 179; LEHMANN-HÜBNER, AT, § 35 A VII, 4 S. 292; MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 7 III, 1 S. 58; zur Unterscheidung zwischen "subjektiver" und "objektiver" Geschäftsgrundlage vgl. etwa LARENZ, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung - Die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht, 3. Aufl. München/Berlin 1963, S. 184; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 177 III, IV S. 1079 ff.

2) vgl. BGH 28. 2. 1961 BGH LM Nr. 16 zu § 779 BGB; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Rdz. 390; ESSER, SchuR I, § 36 II, 2 S. 233; MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 7 III, 1 S. 58

Hervorzuheben ist noch, daß in der Geltendmachung der Unwirksamkeit mündlicher Abreden auch ein relevantes venire contra factum proprium grundsätzlich nicht zu sehen ist[1].

Das Verhalten desjenigen, der sich auf die konstitutive Form beruft, ist grundsätzlich nichts anderes als die gewollte, notwendige Kehrseite der von den Parteien verfolgten Zwecke, d. h. aber der Vorteile der Formklausel, welche anders eben nicht erreichbar sind. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit iSd § 125 Satz 2 BGB ist grundsätzlich erlaubt; ein relevantes venire contra factum proprium liegt im allgemeinen nicht vor[2].

Dies dürfte auch dann gelten, wenn die Parteien sich bei einer mündlichen Änderung des Vertrages der Schriftformklausel nicht mehr bewußt waren. Zwar ist die Nichtigkeit als Rechtsfolge einer den Beteiligten nicht einmal bekannten Formverletzung hart; soll die Bedeutung der Formklausel jedoch nicht übermäßig geschwächt werden, so sind solche Härten in Kauf zu nehmen.

Damit ist zugleich gesagt, daß die Restriktion mit Hilfe des § 242 BGB nur seltene Ausnahme sein darf; grundsätzlich ist die Verwirklichung der von den Parteien verfolgten Zwecke Maßstab für die Beurteilung mündlicher Abreden.

(b) Die Wirkung der Restriktion durch § 242 BGB

Zwischen den §§ 125 Satz 2, 242 BGB ist eine Grenzziehung notwendig. Der Grundsatz von Treu und Glauben wird daher nicht allein als Instrument der Begrenzung von Ansprüchen[3] - etwa iSd §§ 812 ff. BGB - angesehen werden können, sondern er dürf-

---

1) in dieser Annahme liegt aber offenbar das Motiv der herrschenden Meinung für die wuchernde Konstruktion einer stillschweigenden Einschränkung des Formumfangs (vgl. oben S. 57) bzw. der Außerkraftsetzung für den Einzelfall (vgl. oben S. 71) Ebenso Robert FISCHER, LM Nr. 28 zu § 125 BGB (Anm. zu BGH 5. 2. 1968)

2) zu Ausnahmen von diesem Grundsatz sogleich unten S.126ff. Es sei daran erinnert, daß der Hauptfall, in dem diese Aspekte verzerrt erscheinen, nämlich die im Rahmen von AGB gesetzte, nur pauschal einbezogene Formklausel hier nicht Gegenstand der Erörterung ist (vgl. oben S.18ff.

3) so aber etwa HELDRICH, AcP 147, 89 ff. (113, 119); GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff. (164/165)

te in Ausnahmefällen der vollständigen Restriktion des § 125 Satz 2 BGB, die zur Heilung der Nichtigkeit iSd § 125 Satz 2 BGB führt, fähig sein[1]. Der Fortfall des Wirksamkeitshemmnisses der mangelnden Formwahrung läßt die tatbestandlich vollendete Willenserklärung[2] zu aktueller Geltung aufleben.

Beim Sonderfall des langfristigen Miet- oder Pachtvertrages wird wegen der §§ 566, 571 BGB allerdings die Einschränkung zu machen sein, daß ein Dritterwerber die Heilung über § 242 BGB nicht gegen sich gelten lassen muß[3]. Die so entstehende Differenzierung zwischen Innen- und Außenverhältnis mildert das unglückliche[4] Fehlen einer solchen Unterscheidung in § 566 BGB.

Auch hier ist die Lösung an die zu den gesetzlichen Heilungsfällen entwickelten Grundsätze[5] anzulehnen, § 141 Abs. 2 BGB also analog anzuwenden.

(c) Einzelne Fallgestaltungen

Wie sich gezeigt hat, ist das Kriterium der Zweckerreichung geeignet, die Problematik vieler Fallgestaltungen, die bisher Anlaß zu Diskussionen über rein normativ konstruierte "Aufhebungsabreden" und den Grundsatz von Treu und Glauben gaben, auf sachlich diskutierbarer Ebene zu bewältigen.

Gerade die Fälle, in denen der konkrete Formzweck die Unwirksamkeit nicht (mehr) verlangt, sind es, in denen eine starre, formalistische Nichtigkeitsnorm als unbillig empfunden wird.

Aus dem so reduzierten Anwendungsgebiet des § 242 BGB, das sich aufgrund einzelfallabhängiger Vielfalt an dieser Stelle vollständiger Darstellung entzieht, seien für

---

1) ebenso, doch wegen des herrschenden Nichtigkeitsbegriffs ohne haltbare Begründung BGH 27. 3. 1963 LM Nr. 2 zu § 127 BGB; BGH 20. 2. 1967 WM 1967, 464 ff. (466 f.); BGH 12. 12. 1970 WM 1971, 217 ff. (218); SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1258); wohl auch REINICKE, Rechtsfolgen, S. 158; zur gesetzl. Form vgl. etwa BGH 16. 2. 1954 BGHZ 12, 286 ff. (304); BGH 18. 2. 1955 BGHZ 16, 334 ff. (338); BGH 7. 3. 1956 BGHZ 20, 172 ff. (173); BGH 5. 2. 1957 BGHZ 23, 249 ff. (255); ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III, 4 S. 960; LARENZ, SchuR I, § 10 III, S. 117; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 24

2) vgl. oben S. 92 ff.

3) vgl. etwa BGH 30. 5. 1962 NJW 1962, 1388 ff. (1390) (zu § 566 BGB)

4) vgl. etwa HÄSEMEYER, Die gesetzliche Form, S. 34 f.

5) vgl. oben S. 116

die Hauptzwecke der Schriftformklausel folgend einige Tatbestände präzisiert.

(aa) Übereilungsschutz

Formlos getroffene Abreden können trotz der Schriftformklausel wirksam sein, soweit im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses die konkret zu schützende Partei längere Zeit in Unkenntnis [1] der Unwirksamkeit Leistungen entsprechend einer nur mündlichen Abrede erbracht hat, und, von der Unwirksamkeit Kenntnis erlangend, die Formverletzung über die §§ 812 ff. BGB geltend macht. Hier ist der Zweck der Form nicht anderweitig erreicht, und trotzdem mag eine Abwägung zwischen Formzweck und dem Grundsatz von Treu und Glauben ein Übergewicht zugunsten des § 242 BGB ergeben, d. h. im Extremfall die mündliche Abrede über die Begrenzung der Ansprüche aus den §§ 812 ff. BGB hinaus gänzlich wirksam werden lassen. Der Leistende hat eine Lage geschaffen, auf die der Empfänger vertrauen darf; mit einer Geltendmachung der Formverletzung würde er sich mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzen (venire contra factum proprium).

(bb) Erkennbarkeit für Dritte

Ein Fall der Restriktion durch § 242 BGB ist hier vor allem die arglistige Verhinderung der Aufnahme mündlicher Vereinbarungen in die vereinbarte Form; der Zweck der Form ist auch bei arglistigem Verhalten nicht anderweitig erreicht, und trotzdem muß die Abrede formlos wirksam sein. Die im Hinblick auf die gewollte Erkennbarkeit für Dritte erteilte Erlaubnis eines gewissen widersprüchlichen Verhaltens kann Arglist nicht decken, der Formzweck muß folglich zurückstehen.

Ein relevantes, die Einschränkung des § 125 Satz 2 BGB rechtfertigendes venire contra factum proprium mag etwa dann vorliegen, wenn die die Unwirksamkeit geltend machende Partei sich verpflichtet hatte, für die Kenntnis des Dritten von der Abrede Sorge zu tragen [2].

---

1) Erfüllung in Kenntnis der Unwirksamkeit ist ein Fall der Zweckerreichung, vgl. oben S. 119

2) vgl. BGH 5. 7. 1967 LM Nr. 15 zu § 566 BGB (Eintragung einer Dienstbarkeit)

(cc) Inhaltsklarheit

Beim Formzweck der materiellen Inhaltsklarheit ist ein Fall der Restriktion der Formnichtigkeit durch § 242 BGB etwa bei arglistiger Herbeiführung der Unvollständigkeit der Vertragsurkunde denkbar. Hier gilt das schon zum Zweck der Erkennbarkeit für Dritte Gesagte: Die in der Schriftformklausel sichtbar werdende institutionalisierte Gestattung eines Verstoßes gegen § 242 BGB erfaßt arglistiges Verhalten nicht.

Ein relevantes venire contra factum proprium mag im Einzelfall vorliegen, wenn der ganze Vertrag oder auch nur gemäß der mündlichen Abrede erfüllt wurde.

Unter besonderen Umständen, etwa bei einer besonders großen Zeitspanne zwischen dem Erfüllungsakt und der Geltendmachung der Formverletzung oder, i. R. eines Dauerschuldverhältnisses, bei jahrelanger Erfüllung gemäß der mündlichen Abrede[1], kann die Rückabwicklung, oder sogar die Nichtigkeit überhaupt, hinfällig werden.

3) Die Beweislage

Bezüglich der durch die konstitutive Form entstehenden Beweislage ist im Grundsatz auf die oben zur deklaratorischen Form gemachten Ausführungen[2] zu verweisen.

Der in der Formklausel zum Ausdruck kommende Parteiwille, grundsätzlich sämtliche Abreden schriftlich zu fixieren, führt auch hier zu einer Stärkung der Beweislage.
Bei schriftlichem Abschluß besteht demnach eine verstärkte Vermutung der Richtig- und Vollständigkeit, bei mündlichem Vertragsschluß eine einfache derartige Vermutung, freilich mit Ausnahme des Abschlusses als solchen, d. h. der generellen Bestimmung von Leistung und Gegenleistung.

Eine allgemeine Ausnahme dürfte ferner für solche Abreden bestehen, die nach ihrer Natur, der in ihnen enthaltenen Regelung, vom Umfang der vereinbarten Form nicht

---

1) vgl. etwa OLG Celle 5. 6. 1948 NdsRpfl 1949, 72 (vierjährige Vertragserfüllung entsprechend einer nur mündlichen Abrede)
2) vgl. näher oben S. 34 ff.

erfaßt werden[1]. Insoweit tritt eine Stärkung der Beweislage nicht ein.

IV. Nebenfolgen der Formverletzung

1) Das Schicksal des Gesamtvertrages

Soweit mündliche Abreden wegen der Verletzung der konstitutiven Schriftform unwirksam sind, ist die Wirksamkeit des ganzen Vertrages nach § 139 BGB zu beurteilen[2].

Eine Einschränkung der Vermutung des § 139 BGB wird jedoch dann zu machen sein, wenn die formlose Vereinbarung sich als Vertragsänderung darstellt: Hier wird man "im Zweifel" nicht davon ausgehen können, daß die Parteien das Schicksal des Gesamtvertrages von der Wirksamkeit der Änderungsabrede abhängig machen wollten, vielmehr dürfte anzunehmen sein, daß die Unwirksamkeit solcher Abreden den Bestand des übrigen Vertrages idR unberührt läßt[3].

2) Anspruch auf Nachholung der Form?

Auch für die konstitutive Schriftformklausel schlägt SCHMIDT-SALZER[4] - im Gegensatz zur herrschenden Meinung[5] - für Abreden vor Vertragsschluß "als Nachwirkung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses eine Pflicht zur nachträglichen Vervollständigung des Vertragstextes" vor.

---

1) vgl. dazu näher oben S. 46 ff.

2) ganz h.M., etwa RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 40; LEHMANN-HÜBNER, AT § 31 VIII S. 227; a. A., aber zu unflexibel COING (STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 11), der bei Abreden vor Vertragsschluß direkt mit § 125 Satz 2 BGB arbeitet.

3) zu weitgehend OERTMANN (AT, § 125 Anm. 5 b; ebenso STAUDINGER-COING, § 125 Rdz. 13), der meint, die Unwirksamkeit mündlicher Vertragsänderungen sei auf die Wirksamkeit des Gesamtvertrages stets ohne Einfluß. Dies erscheint bei einschneidenden Änderungen besonderer Wichtigkeit, die dem Vertrag ein wesentlich anderes Gepräge geben, nicht vertretbar.

4) SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff. (1259)

5) vgl. statt aller SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 125 Rdz. 16 m.w.N.

In den Fällen, da eine mündliche Abrede unter dem Gesichtspunkt der anderweitigen Zweckerreichung oder des § 242 BGB wirksam ist oder es wird, dürfte ein Anspruch auf Nachholung der Form zu bejahen sein wie schon bei der nur deklaratorischen Form[1]; dieser sollte jedoch nicht auf eine "Nachwirkung" im Sinne SCHMIDT-SALZERs, deren Rechtsnatur ohnehin zweifelhaft erscheint, sondern auf eine Analogie zu § 127 Satz 2 BGB gestützt werden.

Soweit und solange eine mündliche Abrede jedoch unwirksam ist, so zeigt sich erneut, wie klärend und nützlich das Kriterium des Formzwecks ist. Denn gleichgültig, ob der Zweck der Schriftformklausel in der Erkennbarkeit für Dritte, dem Übereilungsschutz oder der Inhaltsklarheit besteht:

Ein Anspruch auf Nachholung der Form, die Statuierung einer mittelbaren Wirksamkeit der mündlichen Abrede, würde die gewollte Bereinigung des Rechtsverhältnisses auf materieller Ebene paralysieren, die Schriftformklausel praktisch leerlaufen lassen[2].

Eine Ausnahme, die erneut zu einer Milderung der Konsequenzen des unglücklichen § 566 BGB führt, dürfte jedoch dann zu machen sein, wenn die Schriftformklausel in langfristigen Miet- oder Pachtverträgen zumindest überwiegend dazu dient, den Anforderungen des § 566 BGB zu genügen. Der der Formklausel zugrundeliegende Wille geht in diesem Fall ja nicht eigentlich dahin, die Wirksamkeit mündlicher Abreden im Innenverhältnis der Vertragsparteien auszuschließen, sondern lediglich, die nur mündliche Begründung von Rechten und Pflichten zu vermeiden, in die ein dritter Grundstückserwerber gemäß § 571 BGB eintreten müßte.

Ein Anspruch auf Nachholung der Form dürfte jedoch zu den Rechten und Pflichten iSd § 571 BGB ebensowenig gehören wie etwa Ansprüche aus einem Vorvertrag[3]

---

1) vgl. oben S. 43 f.

2) so schon die Motive, vgl. MUGDAN I S. 453: "... so würde damit dem Formerfordernis selbst die Spitze abgebrochen."

3) vgl. etwa RG 20. 11. 1914 RGZ 86, 30 ff. (32 f.); BGH 26. 2. 1962 LM Nr. 6 zu § 566 BGB

oder einer vor Vertragsschluß getroffenen Rahmen-Formvereinbarung[1) 2)].

Den Anspruch auf Nachholung wird man dabei als Minus gegenüber dem Leistungsversprechen selbst ansehen können; die Parteien wollen durch die Schriftformklausel mündliche Abreden nur insoweit ausschalten, wie es im Hinblick auf die §§ 566, 571 BGB notwendig erscheint.
Der von SCHMIDT-SALZER vorgeschlagenen "Nachwirkung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses" dürfte im Ergebnis daher nur in Ausnahmefällen, in der Konstruktion aber nicht zu folgen sein.

3) Schadensersatzansprüche

Im Zusammenhang mit einer Formverletzung können Schadensersatzansprüche entstehen, die gegebenenfalls auf die §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 263 StGB, 826 BGB und, je nach dem Zeitpunkt des Zustandekommens der mündlichen Abrede, auf die culpa in contrahendo oder die positive Forderungsverletzung zu stützen sind.
Verletzungshandlung wird auch hier[3)] bei Abreden vor Vertragsschluß die Nichtaufklärung der anderen Partei über die Unvollständigkeit der Urkunde, bei Abreden nach Vertragsschluß die Nichtaufklärung des Gegners über die Formbedürftigkeit der fraglichen Vereinbarung sein.
Weitgehend sollte man dabei § 254 BGB berücksichtigen[4)], da es beiden Parteien in gleichem Maße obliegt, für die Vollständigkeit der vertraglichen Form zu sorgen.

---

1) vgl. vor allem RG 28. 2. 1922 RGZ 104, 131 ff. (132 f.); ebenso, wenig differenziert, BGH 27. 11. 1963 LM Nr. 11 zu § 566 BGB; vgl. auch BGH 30. 5. 1962 NJW 1962, 1388 ff. (1390)
2) Nach ROQUETTE (Mietrecht, Systematische Gesamtdarstellung des Mietrechts nach dem BGB und den mietrechtlichen Sondergesetzen, 5. Aufl. Tübingen 1961, S. 194 Fußn. 53) sollen von § 571 BGB nur Abreden erfaßt werden, "die für einen Mietvertrag typisch" sind. Auch insoweit dürfte ein Anspruch auf Nachholung der Form zu bejahen sein.
3) vgl. zur deklaratorischen Form oben S. 44
4) Auch iRd konstitutiven Form dürfte von einer Analogie zu den §§ 307 Abs. 1 S. 2, 309 BGB (vgl. LORENZ, JuS 1966, 429 ff. (435) zur gesetzl. Form) abzusehen sein, da § 254 gerechteren Ausgleich schafft.

Ist feststellbar, daß es ohne die Pflichtverletzung zu einer Aufnahme der mündlichen Abrede in die Urkunde gekommen wäre, und greift § 254 BGB nicht ein[1], so kann sich über § 249 BGB ein Anspruch auf Erfüllung ergeben.

4) Bereicherungsansprüche

Sind gemäß einer vom Umfang der Form erfaßten, mündlichen Abrede Leistungen bewirkt worden, so unterliegen diese, soweit nicht die Abrede über die Grundsätze der Zweckirrelevanz bzw. § 242 BGB durch die Erfüllung wirksam wird, d. h. ein Rechtsgrund besteht, der Kondiktion nach den §§ 812 ff. BGB (Leistungskondiktion). Zu beachten ist jedoch der Bereicherungsausschluß des § 814 BGB. Ein Bereicherungsanspruch entfällt ferner dann, wenn ausnahmsweise über das Schadensrecht ein Anspruch auf Erfüllung herzuleiten ist; auch in diesem Falle besteht für die Leistung ein Rechtsgrund[2].

5) Anfechtung

Die aus der Nichtaufnahme mündlicher Abreden in die Vertragsurkunde folgende Nichtigkeit kann zur Anfechtung des ganzen Vertrages nach § 119 BGB berechtigen[3].

Bei Abreden nach Vertragsschluß ist eine Anfechtung des Änderungsvertrages etwa dann denkbar, wenn von mehreren Vereinbarungen einzelne nicht in die Urkunde Eingang gefunden haben.

Eine Anfechtung nach § 123 BGB scheidet aus, da im Falle arglistiger Täuschung entweder ein Fall der anderweitigen Zweckerreichung[4] oder der Restriktion des § 125 Satz 2 BGB durch § 242 BGB[5] vorliegt, die Abrede also wirksam ist.

---

1) ebenso GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff. (166) m.w.N.; a. A. (Erfüllungsansprüche auch bei überwiegendem Verschulden) REINICKE, Rechtsfolgen, S. 131 f.
2) ebenso (zur gesetzl. Form) REINICKE, Rechtsfolgen, S. 56
3) allg. Meinung, vgl. etwa RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 125 Anm. 35; LEHMANN-HÜBNER, AT § 31 VIII S. 227
4) vgl. oben S. 118
5) vgl. oben S. 127, 128

Zu beachten ist iRd § 119 BGB, daß die Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen, soweit diese in Vollzug gesetzt sind, nach allgemeiner Meinung unzulässig[1] bzw. nur mit ex-nunc-Wirkung möglich ist[2].

---

1) vgl. LARENZ, AT § 26 II d S. 390 ff. m.w.N.; FLUME, AT 2 § 21, 9 a S. 426 f. m.w.N. und oben S. 79

2) zum Arbeitsrecht vgl. BAG 5. 12. 1957 JZ 1958, 51 ff.; BAG 6. 10. 1962 NJW 1963, 222; BAG 10. 7. 1968 AP Nr. 2 zu § 119 BGB m. zahlr. N.; zum Mietrecht vgl. etwa STAUDINGER-KIEFERSAUER, § 537 Rdz. 4; ferner RG 10. 3. 1938 RGZ 157, 173

5. Abschnitt: Zusammenfassung

I.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die in der Praxis häufigste Schriftformklausel, nämlich eine vertragliche Formbestimmung iSd § 125 Satz 2 BGB, nach deren Wortlaut

- bei schriftlichem Abschluß sämtliche Vertragsabreden der Schriftform unterworfen werden,

- bei mündlichem Abschluß unter Einbeziehung schriftlicher AGB sämtliche Vertragsabreden, welche die vorgedruckten Bestimmungen ergänzen oder von ihnen abweichen, der Schriftform unterworfen werden.

Typische Beispiele sind etwa:
"Jegliche Ergänzung oder Abänderung des Vertrages bedarf der Schriftform."
"Mündliche Nebenabreden gelten nicht."

II.

Die Bestimmung der Funktion einer gewillkürten Formbestimmung ist der Autonomie der Beteiligten überlassen (vgl. § 125 Satz 2 BGB). So können diese insbesondere festlegen, ob die vereinbarte Form nur rechtsbekundende, d. h. deklaratorische, oder konstitutive Funktion haben soll. Für letzteres spricht gemäß § 125 Satz 2 BGB eine Vermutung. Da diese widerlegbar ist, bedarf es zur Feststellung der gewollten Formfunktion der Auslegung der Parteivereinbarungen.

Soweit die Schriftformklausel von den Parteien individuell ausgehandelt wird, führt die Auslegung - insbesondere nach dem Zweck der vereinbarten Form - in der Regel zu der Annahme, daß die Formwahrung Wirksamkeitsvoraussetzung der formbedürftigen Willenserklärungen sein soll.

Ist die Schriftformklausel dagegen lediglich Gegenstand einer pauschalen Einbeziehung von AGB, so ergibt die besondere Auslegung der Einbeziehungsvereinbarung m. E. - entgegen der herrschenden Meinung - daß die Form nur deklaratorischen Charak-

ter hat; eine konstitutive Wirkung der Formklausel wäre mit der gewollten Vorrangigkeit von Individualabreden gegenüber den AGB nicht vereinbar.

III.

Hat die Schriftformklausel nur deklaratorische Funktion, so ist die Bestimmung im Hinblick auf den Umfang der vereinbarten Form grundsätzlich extensiv auszulegen. Eine Ausnahme dürfte lediglich für solche Abreden gelten, die nach ihrer Natur, d. h. der in ihnen enthaltenen Regelungen, vom konkreten Formzweck nicht erfaßt werden.

Auch die rechtsbekundende Wirkung der Vereinbarung deklaratorischer Form, welche die Wirksamkeit mündlicher Abreden unberührt läßt, ist durch Auslegung zu ermitteln.
Diese führt bei schriftlichem Vertragsschluß - auch wenn die Formklausel nur pauschal in den Einzelvertrag einbezogen wird - meist zu der Annahme einer verstärkten Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der vertraglichen Urkunde. Bei nur mündlichem Abschluß unter Einbeziehung von AGB, in denen sich eine Schriftformklausel befindet, begründet die Klausel eine einfache Vermutung dafür, daß keine die AGB ergänzenden oder von ihnen abweichenden mündlichen Abreden getroffen sind.

Ausgenommen von dieser Stärkung der Beweislage sind lediglich die Abreden, welche unter Berücksichtigung des Formzwecks als nicht formbedürftig erscheinen.

Eine wesentliche Nebenfolge der Formverletzung besteht darin, daß jede Partei die Nachholung der vereinbarten Schriftform verlangen kann.

IV.

Auch die Schriftformklausel konstitutiver Wirkung ist in Bezug auf den Umfang der vereinbarten Form grundsätzlich extensiv auszulegen. Ebenso wie bei der nur deklaratorischen Form jedoch unterliegen solche Abreden im Zweifel nicht dem Formzwang, die nach ihrer Natur von dem mit der Klausel verfolgten Zweck nicht erfaßt werden.

Bei den Vorverhandlungen getroffene Abreden, deren schriftliche Fixierung unterbleibt, sind allein kein zureichender Grund für den Schluß auf einen Parteiwillen, diese von der vereinbarten Form auszunehmen. Zu der Annahme einer solchen konkludenten Einschränkung des Formumfangs sind vielmehr weitere, rechtlich relevante Einzelfallumstände erforderlich, welche den Schluß auf einen dahingehenden Willen zwingend gebieten.

Ebensowenig liegt in mündlichen Vertragsänderungen, die sich nicht unmittelbar einschränkend auf die Schriftformklausel beziehen, die konkludente Aufhebung der Formklausel für den Einzelfall. Zwar ist die Aufhebung der Schriftformklausel mündlich, auch stillschweigend, möglich; für die Zurechnung einer Erklärung, die Formbestimmung für einzelne Abreden außer Kraft zu setzen, sind jedoch zusätzliche, rechtlich relevante Umstände des Einzelfalls (grundsätzlich zumindest ein Aufhebungswille) notwendig, die einen anderen Schluß nicht erlauben.

Die Wirkung der Vereinbarung konstitutiver Schriftform besteht in der Nichtigkeit mündlicher Abreden, vgl. § 125 Satz 2 BGB. Die Nichtigkeit iSd § 125 Satz 2 BGB dürfte in ihrer Wirkung - wie sich aus der Entwicklung des Verhältnisses von Willenserklärung und Form ergibt - der schwebenden Unwirksamkeit gleichzusetzen sein.

Das Problem der Einschränkung der Nichtigkeitsfolge wird von der herrschenden Meinung durch bloß pauschale Verweisungen auf die zur gesetzlichen Form zu § 242 BGB entwickelten Theorien gelöst. Für den Fall der Erfüllung wird idR ferner eine Aufhebung des Formzwangs, verbunden mit einer Neuvornahme iSd § 141 Abs. 1 BGB, angenommen.
M.E. sollte man für die gewillkürte Form eine an die zur gesetzlichen Form vertretene "Theorie der teleologischen Restriktion der Formvorschriften" angelehnte Lösung grundsätzlich vorziehen:

Formwidrige Abreden sind oder werden wirksam, wenn der mit der Schriftformklausel konkret verfolgte Zweck die Unwirksamkeitsfolge nicht (mehr) verlangt, d. h. anderweitig erreicht wird.

Der Grundsatz von Treu und Glauben sollte dagegen den ihm gebührenden Platz als

letzter Ausweg zur Vermeidung grob unbilliger Ergebnisse einnehmen. Nur in seltenen Ausnahmefällen (Arglist, unerträgliches venire contra factum proprium) sind mit Hilfe des § 242 BGB weitere Einschränkungen der Nichtigkeitsfolge zu machen.

Der in der Schriftformklausel konstitutiver Wirkung zum Ausdruck kommende Wille zur förmlichen Integration des Vertrages verleiht der Formbestimmung eine rechtsbekundende Beweisfunktion, welche derjenigen der nur deklaratorischen Formklausel gleich ist.

Ein Anspruch auf Nachholung der Schriftform besteht - solange und soweit mündliche Abreden unwirksam sind - grundsätzlich nicht.

LITERATURVERZEICHNIS

BAUMBACH, Adolf/Wolfgang LAUTERBACH: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 30. Aufl. München 1970

BARTHOLOMEYCZIK, Horst: Die Kunst der Gesetzesauslegung, 4. Aufl. Frankfurt 1967

BEITZKE, Günther: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen (Recht und Zeit - Rechtswissenschaftliche Studien zu Gegenwartsfragen, Heft 9), Schloß Bleckede 1948

BERGBOHM, Karl: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlungen, Band I, Leipzig 1892

BLOMEYER, Arwed: Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik, AcP 154, 527 ff.

BLOMEYER, Arwed: JR 1958, 143 (Anm. zu BGH 25. 9. 1957)

BLOMEYER, Arwed: Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abt. Rechtswissenschaft), Berlin/Göttingen/ Heidelberg 1963

BOEHMER, Gustav: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, Erste Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1951 (abgek.: BOEHMER, Grundlagen II, 1)

BOEHMER, Gustav: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, Zweite Abteilung: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, Tübingen 1952 (abgekürzt: BOEHMER, Grundlagen II, 2)

BOERGEN, Rüdiger: Die Effektivität vertraglicher Schriftformklauseln, BB 1971, 202 ff. (abgekürzt: BOERGEN, BB 1971, 202 ff.)

BROX, Hans: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und deren Auslegung, Karlsruhe 1960

BRUNN, Johann v.: Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, Ein Beitrag der Rechtspraxis zur Rationalisierung, 2. Aufl. Köln/Berlin 1956

BÜLOW: Dispositives Civilrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64, 1 ff.

CAEMMERER, Ernst v.: Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, Tübingen 1954

CANARIS, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 3), Berlin 1964

COING, Helmut: Form und Billigkeit im modernen Privatrecht, in "Deutscher Notartag 1965" (Beilage zu DNotZ 1965, Heft 11), München/Berlin 1965

COLLIER, Dieter: Nichtigkeit und Unwirksamkeit im System der bürgerlichen Rechtsordnung, Jur. Diss. Hamburg 1967

CONRAD, Herrmann: Deutsche Rechtsgeschichte, Band 1, Frühzeit und Mittelalter, Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1954

DANZ, Erich: Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden?, DJZ 1909, Sp. 281 ff.

DANZ, Erich: Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz, Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und zur Gesetzesauslegung, JherJb 54, 1 ff.

DANZ, Erich: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 3. Aufl. Jena 1911 (abgekürzt: DANZ, Auslegung)

DERNBURG, Heinrich: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl. Halle a.S. 1906

EHLERT, Friedrich: Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit im BGB, Greifswald 1919

EISNER, Friedrich W.: Die Schriftformklausel in der Praxis, NJW 1969, 118 ff. (abgekürzt: EISNER, NJW 1969, 118 ff.)

ENGISCH, Karl: Einführung in das juristische Denken, 4. Aufl. Stuttgart 1968 (abgekürzt: ENGISCH, Einführung)

ENNECERUS, Ludwig/Heinrich LEHMANN: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958 (abgekürzt: ENNECERUS-LEHMANN)

ENNECERUS, Ludwig/Hans-Carl NIPPERDEY: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband Tübingen 1959, 2. Halbband Tübingen 1960 (abgekürzt: ENNECERUS-NIPPERDEY)

ERMAN, Walter: Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947

ERMAN, Walter: AP Nr. 1 zu § 127 BGB (Anm. zu BAG 4. 6. 1963)

ERMAN, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, 4. Aufl. Münster 1967 (abgekürzt: ERMAN-(Bearbeiter))

ESSER, Josef: Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1969

ESSER, Josef: Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 4. Aufl. Karlsruhe 1970 (abgekürzt: ESSER, Sch R I)

FABRICIUS, Fritz: Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 1 ff., 50 ff.

FERID, Murad: Das Französische Zivilrecht, Erster Band, Allgemeine Lehren, Recht der Schuldverhältnisse, Frankfurt a.M./Berlin 1971

FIKENTSCHER, Wolfgang: Das Schuldrecht (Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, 2. Band), Berlin 1965 (abgekürzt: FIKENTSCHER, Schuldrecht)

FISCHER, Otto: Die Ungültigkeit der Ehe und ihre Folgen, insbesondere bei Formmangel - Zugleich eine Beurteilung der einschlägigen Bestimmungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, JherJb 29, 248 ff.

FISCHER, Robert: LM Nr. 28 zu § 125 BGB (Anm. zu BGH 5. 2. 1968)

FLUME, Werner: Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Hans Niedermeyer (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 10), Göttingen 1953

FLUME, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Abt. Rechtswissenschaft), Berlin/Heidelberg/New York 1965 (abgekürzt: FLUME, AT 2)

GERNHUBER, Joachim: Formnichtigkeit und Treu und Glauben, Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 151 ff. (abgekürzt: GERNHUBER, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff.)

GIERKE, Otto v.: Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte, Breslau 1910

GRUNSKY, Wolfgang: Neue Literatur und Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JurA 1969, Zivilrecht I S. (ZR) 19 ff. (abgekürzt: GRUNSKY, JurA 1969, (ZR) 19 ff.)

HABSCHEID, Walther J.: Zur Heilung formnichtiger Erbteilskaufverträge - Kritische Bemerkungen zu BGH III ZR 193/64 vom 2. 2. 1967, FamRZ 1968, 13 ff.

HÄSEMEYER, Ludwig: Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte - Objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft, Frankfurt a. M. 1971 (abgekürzt: HÄSEMEYER, Die gesetzliche Form)

HAIDINGER, Oskar: VersR 1960, 594 (Anm. zu BGH 7. 4. 1960)

HAUPT, Günther: Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Siber, Band II (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 124), Leipzig 1943

HAUPT, Günther: ZAkDR 1943, 238 f. (Anm. zu OLG Danzig 4. 12.1942)

HEISEKE, Jürgen: Der Zugang formbedürftiger Erklärungen, MDR 1968, 899 ff.

HELDRICH, Karl: Die Form des Vertrages - Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts, auf Grund eines Referates herausgegeben von HUECK, AcP 147, 89 ff. (abgekürzt: HELDRICH, AcP 147, 89 ff.)

HENKEL, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, München/Berlin 1964

HENLE, Rudolf: Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung, Festschrift für Ernst Zitelmann, Zweite Abteilung, 5. Beitrag, München/Leipzig 1913

HENRICH, Franz: Formlose Aufhebung der Schriftformklausel bei Mietverträgen, DR 1940, 1268 (abgekürzt: HENRICH, DR 1940, 1268)

HEUSLER, Andreas: Istitutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. II, Leipzig 1886

HILDEBRANDT, Heinz: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 143, 326 ff.

HÖLDER, Eduard: Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über die Person, JherJb 42, 1 ff.

HUECK, Alfred: Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der OHG, AcP 144, 1 ff.

HUECK, Alfred: Formvorschriften für die Änderung von Gesellschaftsverträgen, Zur Entscheidung des BGH vom 5. 2. 68, Betr. 1968, 1207 ff. (abgekürzt: HUECK, Betr 1968, 1207 ff.)

HUECK, Alfred/Hans-Carl NIPPERDEY: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I von Alfred HUECK, 7. Aufl. Berlin/Frankfurt 1963

JHERING, Rudolf: culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, JherJb 4, 1 ff.

JHERING, Rudolf: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Teil, Erste Abteilung, 7. Aufl. Leipzig 1926

JACOBI, Leonhard: Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte - Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechts, AcP 86, 51 ff.

JERUSALEM, Franz: Die Zersetzung im Rechtsdenken, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968

KADUK, Hubert: Vertrag und sozialtypisches Verhalten - Betrachtungen zum gegenwärtigen Stand von Lehre und Rechtsprechung gegenüber den sogenannten faktischen Verträgen bei tarifmäßig zu vergütenden Versorgungsleistungen, JR 1968, 1 ff.

KASER, Max: Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch, 4. Aufl. München/Berlin 1965

KASKEL, Walter/Herrmann DERSCH: Arbeitsrecht (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Abt. Rechtswissenschaft), 5. Aufl. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1957

KÖTZ, Hein: JZ 1967, 288 ff. (Anm. zu BGH 19. 9. 1966)

KRAUSE, Herrmann: Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, BB 1955, 265 ff.

KRAMER: Vertragstatbestand, Vertragsinhalt und Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vertrages, Jur. Diss. Heidelberg 1964

KUNKEL, Wolfgang: Römische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. Köln/Graz 1964

LANGE, Heinrich: Die Eindämmung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, AcP 144, 149 ff. (abgekürzt: LANGE, AcP 144, 149 ff.)

LANGE, Heinrich: BGB. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 13. Aufl. München 1970 (abgekürzt: LANGE, AT)

LARENZ, Karl: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Fotomechanischer Nachdruck der ersten Auflage 1930, Frankfurt a. M. 1966

LARENZ, Karl: Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, 1897 ff.

LARENZ, Karl: Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund, DRiZ 1958, 245 ff.

LARENZ, Karl: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht, 3. Aufl. München/Berlin 1963

LARENZ, Karl: Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737 ff.

LARENZ, Karl: Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1 ff.

LARENZ, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967 (abgekürzt: LARENZ, AT)

LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Abt. Rechtswissenschaft), 2. Aufl. Berlin/ Heidelberg/New York 1969 (abgekürzt: LARENZ, Methodenlehre)

LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München 1970 (abgekürzt: LARENZ, SchuR I)

LEHMANN, Heinrich/Heinz HÜBNER: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. 1), 15. Aufl. Berlin 1966

LEONHARD, Rudolf: Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900

LINNEMANN, Heiko: Grenzen der Formnichtigkeit, Jur. Diss. Freiburg o.J.

LORENZ, Werner: Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156, 381 ff. (abgekürzt: LORENZ, AcP 156, 381 ff.)

LORENZ, Werner: Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge, JuS 1966, 429 ff. (abgekürzt: LORENZ, JuS 1966, 429 ff.)

LÜDERITZ, Alexander: Auslegung von Rechtsgeschäften, Vergleichende Untersuchung anglo - amerikanischen und deutschen Rechts, Karlsruhe 1966 (abgekürzt: LÜDERITZ, Auslegung)

MANGOLD, Wolfgang: Probleme der Auslegung des Individualvertrages, NJW 1962, 1597 ff.

MANIGK, Alfred: Irrtum und Auslegung, Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung, Berlin 1918

MANIGK, Alfred: Art. "Rechtswirkung", HdwRWiss IV (1927), S. 753 ff.

MANIGK, Alfred: Art. "Tatsachen, Juristische", HdwRWiss V (1928), S. 847 ff.

MANIGK, Alfred: Art. "Unwirksamkeit, Ungültigkeit", HdwRWiss VI (1929), S. 292 ff.

MARSCHALL v. BIEBERSTEIN, Wolfgang Frhr. v.: NJW 1965, 1015 (Anm. zu BGH 29. 1. 1965)

MEDICUS, Dieter: Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 209 ff.

MEDICUS, Dieter: Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 4. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 1971 (abgekürzt: MEDICUS, Bürgerliches Recht)

MEIER, Hans: Mündliche Abreden neben schriftlichen Verträgen, Jur. Diss. Heidelberg 1904

MITTEIS, Heinrich/Heinz LIEBERICH: Deutsches Privatrecht, Ein Studienbuch, 4. Aufl. München/Berlin 1963

MÜLLER, Klaus: Zur Anwendung des § 566 bei Abänderung eines Mietvertrages, JR 1970, 86 ff.

MUGDAN, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899 (abgekürzt: MUGDAN I)

NIKISCH, Arthur: Arbeitsrecht, I. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage Tübingen 1961

OERTMANN, Paul: Rückwirkende Kraft der Vertragsheilung nach BGB § 313 Satz 2?, SeuffBl 75, 541 ff.

OERTMANN, Paul: Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften, DJZ 1915, Sp. 1063 ff.

OERTMANN, Paul: Die Rechtsbedingung (condicio iuris) - Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre, Leipzig/Erlangen 1924 (abgekürzt: OERTMANN, Rechtsbedingung)

OERTMANN, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927

OSWALD: Kann ein Mietvertrag mit Schriftformklausel später mündlich oder gar stillschweigend geändert werden? , ZMR 1960, 198 ff. (abgekürzt: OSWALD, ZMR 1960, 198 ff.)

PALANDT, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 30. Auflage München 1971 (abgekürzt: PALANDT-(Bearbeiter))

PAWLOWSKI, Hans-Martin: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Amts- und Parteinichtigkeit von Rechtsgeschäften) - Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 57), Göttingen 1966 (abgekürzt: PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen)

PLANITZ, Hans: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. Berlin 1931

RAISER, Gottfried: ZgesVW 1968, 274 ff. (Rezension der Schrift von SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Berlin/München 1967)

RAISER, Ludwig: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neuauflage Bad Homburg vor der Höhe 1961

REGELSBERGER, Ferdinand: Gesetz und Rechtsanwendung, JherJb 58, 146 ff.

REICHEL, Hans: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB), AcP 104, 1 ff.

REINHART, Gert: Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht, Jur. Diss. Heidelberg 1969 (abgekürzt: REINHART, Formnichtigkeit und Heilung)

REINHART, Gert: JZ 1971, 461 ff. (Anm. zu BGH 9. 10. 1970)

REINICKE, Dietrich: Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluß, Betr. 1967, 109 ff. (abgekürzt: REINICKE, Betr. 1967, 109 ff.)

REINICKE, Dietrich: NJW 1968, 39 ff. (Anm. zu BGH 27. 10. 1967)

REINICKE, Dietrich: Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge (Sammlung Gehlen, Band 4), Bad Homburg vor der Höhe/Berlin/Zürich 1969 (abgekürzt: REINICKE, Rechtsfolgen)

RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl. Berlin 1959 (abgekürzt: RGRK-(Bearbeiter))

RIEZLER, Erwin: Venire contra factum proprium, Studien im römischen, englischen und deutschen Zivilrecht, Leipzig 1912

ROQUETTE, Hermann: Formlose Aufhebung der Schriftformklausel bei Mietverträgen, DR 1940, 961 ff. (abgekürzt: ROQUETTE, DR 1940, 961 ff.)

ROQUETTE, Hermann: DR 1943, 488 (Anm. zu RG 23. 11. 1942)

ROQUETTE, Hermann: Mietrecht, Systematische Gesamtdarstellung des Mietrechts nach dem BGB und den mietrechtlichen Sondergesetzen, 5. Aufl. Tübingen 1961

ROQUETTE, Hermann: Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Systematischer Kommentar, Tübingen 1966

ROSENBERG, Leo/Karl-Heinz SCHWAB: Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. München 1969

SAVIGNY, Friedrich-Carl v.: System des heutigen Römischen Privatrechts, Dritter Band, Berlin 1840

SCHMIDT-SALZER, Joachim: Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen (Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 4) Berlin/München 1967

SCHMIDT-SALZER, Joachim: Rechtsprobleme der Schriftformklauseln, NJW 1968, 1257 ff. (abgekürzt: SCHMIDT-SALZER, NJW 1968, 1257 ff.)

SCHMIDT-SALZER, Joachim: Allgemeine Geschäftsbedingungen (Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift, Heft 11), München 1971 (abgekürzt: SCHMIDT-SALZER, NJW-Schriften 11)

SCHMIDT-SALZER, Joachim: Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1971, 1010 ff.

SEUFFERT, Lothar: Zur Geschichte der obligatorischen Verträge - Dogmengeschichtliche Untersuchungen, Nördlingen 1881 (abgekürzt: SEUFFERT, Verträge)

SIBER, Heinrich: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherJb 70, 223 ff.

SIMITIS, Spiros: Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1957

SOERGEL, Theodor/Wolfgang SIEBERT: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967 (abgekürzt: SOERGEL-SIEBERT-(Bearbeiter))

STAUDINGER, J. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl. Berlin 1957 ff. (abgekürzt: STAUDINGER-(Bearbeiter))

STEIN, Friedrich/JONAS, Martin/SCHÖNKE, Adolf/POHLE, Rudolf: Zivilprozeßordnung, Bd. I 18. Aufl. Tübingen 1953

STOLL, Heinrich: JW 1928, 57 ff. (Anm. zu RG 11. 11. 1927)

TIEFENBACHER, Erhard: BB 1968, 608 (Anm. zu BGH 5. 2. 1968)

TITZE, Heinrich: Die Lehre vom Mißverständnis, Eine zivilrechtliche Untersuchung, Berlin 1910

TUHR, Andreas v.: Der 86. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, DJZ 1916 Sp. 582 ff.

TUHR, Andreas v.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, unveränderter Nachdruck der 1914 erschienenen ersten Auflage, Berlin 1957 (abgekürzt: v. TUHR, AT)

WAHL, Eduard: Formprobleme des neuen Kartellgesetzes, JZ 1958, 148 ff.

WASSERTRÜDINGER: Die Verletzung der vereinbarten Vertragsform, JR 1928, 82 ff. (abgekürzt: WASSERTRÜDINGER, JR 1928, 82 ff.)

WEBER, Wilhelm: Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1968, 1 ff.

WEBER, Wilhelm: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Eine rechtliche Gesamtdarstellung, Berlin 1967 (abgekürzt: WEBER, AGB)

WELZEL, Hans: Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für Hans Niedermeyer (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 10) Göttingen 1953

WIEACKER, Franz: Zur Erweckung des Naturrechts, SJZ 1949, 295 ff.

WIEACKER, Franz: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 193/194), Tübingen 1956

WIEACKER, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl. Göttingen 1967

WOLF, Ernst: Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153, 97 ff.

WÜRTENBERGER, Thomas: Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart, JZ 1955, 1 ff.

WÜSTENDÖRFER, Hans: Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt - Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung, AcP 110, 219 ff.

WUNNER, Sven Erik: Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel, AcP 168, 425 ff.

LEBENSLAUF

Am 16. 3. 1947 wurde ich als Sohn des Dr. jur. Helmut Körnig und seiner Ehefrau Hilde Körnig geb. Schmitz in Lüdinghausen/Westfalen geboren.
Nach dem Besuch einer Lüdinghausener und - nach dem Umzug meiner Eltern - Dortmunder Volksschule war ich neun Jahre Schüler des Städtischen Neusprachlichen Gymnasiums in Witten und des Humboldt-Gymnasiums in Dortmund, wo ich 1966 die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommersemester 1966 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Münster, wechselte nach dem ersten Semester zur Ludwig-Maximilians-Univerität in München und verbrachte dort - abgesehen von einem Studienhalbjahr in Mainz - die restliche Zeit meines Studiums.
Nach insgesamt acht Semestern bestand ich im Sommer 1970 die erste juristische Staatsprüfung in München und wurde im September desselben Jahres in den Referendardienst aufgenommen.

Im März 1972 starb mein Vater an den Folgen eines Herzinfarktes.